

ナチス私法学の構図

広 渡 清 吾

目 次

はじめに—本稿の企図

1. ナチス私法学の「環境」
2. ナチス私法学への「接近の視角」
3. ナチス私法学と「キール学派」
 - (1) キール学派の位置
 - (2) キール学派の形成
 - (3) キール学派の展開と「終焉」
4. ナチス私法学とカール・ラーレンツ
 - (1) ラーレンツの「妥当の表示」論
 - (2) ラーレンツの「民族同胞＝法同胞」論
5. ナチス私法学と利益法学・評価法学
 - (1) ヘックとラーレンツ
 - (2) 利益法学と評価法学

おわりに

はじめに —本稿の企図—

筆者はこれまでナチス私法学に関していくつかの論稿を発表してきた⁽¹⁾。とはいえ、それらは、1970年代から80年代初めに執筆したものであり、このテーマに関するその後の研究の進展を踏まえて分析を深め1書にまとめたいと考えてきたが、いまのところまだ果たせそうにない。ところで、近年、森田修「ラーレンツの手品—法律行為論の展開と『ナチス私法学』」(法学協会雑誌124巻3号, 4号, 2007年)は、「ナチスの桂冠法学者」と評されるカール・ラーレンツについて、その法律行為論に焦点をあ

て、ワイマール期からナチス期、そして戦後の時代にいたる理論的展開の軌跡を鮮やかに分析する仕事を提示した。また、ベルント・ヒュッパース (Bernd Hüpers 1964-) は、『カール・ラーレンツ―歴史と現在における法の方法論と哲学』(2012年)の大作を上梓した⁽²⁾。ヒュッパースの著作は、ラーレンツと並んで、ナチス時代にすでにエスタブリッシュされた法学者であった利益法学の創始者フィリップ・ヘック (Philipp Heck) の全体像をあわせて分析し、両者の比較を試みている。

ヘック (1858-1943) とラーレンツ (1903-1993) は、ほぼ2世代離れた関係にあるが、ラーレンツは、その師の法哲学者ユリウス・ビンダー (Julius Binder 1870-1939) とともに、新ヘーゲル主義の客観的観念論の立場から、ヘックの利益法学の社会学的実証主義 (法を社会現象の因果的結果として理解する立場) を強く批判した。ヒュッパースがラーレンツとヘックを比較の対象としてとりあげたのは、ラーレンツの法学方法論の位置規定のためにヘックの利益法学の方法論が測定器の役割を果たすこと、かつ、ラーレンツの利益法学批判が第二次世界大戦後のドイツ私法学方法論の重要な展開要因となることによるものである。

本稿は、上記の2つの著作に刺激と示唆をえながら、筆者の従前の研究と最近のドイツの業績を参照しつつ、ナチス私法学研究をまとめるためのいくつかの論点整理を行うものである。

1. ナチス私法学の「環境」

ここでは「私法学」という用語をつかっているが、「民法学」との意義の異同について、最初に述べておこう。ドイツ語の民法 (bürgerliches Recht) の名称は、ローマ古代の *jus civile* にさかのぼり、そのドイツ語訳である。 *jus civile* (市民法) は、起源的には固有のローマ市民の特権的法であり、これは *jus gentium* (万民法) に対して用いられた。しかし、ロ

ローマ市民権が最終的にローマ帝国のすべての自由な市民に付与されることにより、両者の区別は意義を失った。jus civile は、すべての国民に共通の法となったが、事物的な領域としては、ローマ人が個々人の相互関係の法として jus privatum と呼んでいた法領域に限定され、国家の組織や国家と臣民の関係についての jus publicum の領域と区別された。この2つの法領域の区別は私法（Privatrecht）と公法（öffentliches Recht）の二分法を基礎づけるものとなった。以上のように、民法と私法は、歴史的な用語法の発展のなかで同じ意味をもったが、民法典制定後は、民法典とその関連附属法（私法における一般法）を民法と把握し、商法その他の特別法的諸領域をあわせて包摂するものを私法と称する用語法が生まれたとされている⁽³⁾。このように、民法には広狭二通りの使い方があり。そこで、たとえば、ヘックが利益法学的モチーフをしめした最初の著作は、海商法のテーマを扱ったものであり（Das Recht der großen Haverei, 1889）、「民法学」を上記の狭義の意味でとらえると、これは民法学の対象ではないなどの瑣末な議論もありえないではないので、広義の民法＝私法を対象化するものという趣旨において、「ナチス私法学」の用語が選ばれている。

さて、「環境」とは、ナチス時代に私法学が営まれた場の大状況のことを指すものとしよう。そこで、ナチスの権力掌握（1933年1月30日ヒトラー政権成立、同年3月23日授権法によって内閣に憲法改正を含む法律制定権が授与され、ヒトラー政権独裁制が確立する）によって大学がどのような状況に置かれたかである。

よく知られているところであるが、1933年4月7日に「職業官吏制度の再建のための法律」⁽⁴⁾が政府法律として制定された。これは、帝国・各州・各地方団体を問わず、一定の条件を満たす官吏をその職から追放することを目的とするものであった。いうまでもなく、当時のドイツの大学は州の機構の1つであり（現在でも大多数は同じ）、大学教師は原則として職業官吏であった。

同法によると、第1に1918年11月9日以降（すなわちワイマール革命による新政府成立ののち）その職にふさわしい経歴や適性を有することなしに官吏に任用された者は罷免される（第2条）。第2に、アーリア人種の血統を有しない官吏は退職させられる（第3条）。第3に、従来の政治的活動に照らして「国民的国家」（ナチス政権）に対する留保なき忠誠の保障を提供できない官吏は、罷免されることができる（第4条）。同法は、その他、これまでの官吏法の規定にかかわらず、「職務上の必要」があれば異動・降格が行われうること、また、「行政の簡素化」のために退職させることができることを規定した。

このような制度的条件のうえに、実際の政治的、社会的迫害と圧力の下、大学の法学教育・研究の担当者の陣容には、地滑り的な変動が生じた。2012年に20年以上に渉る調査研究の成果として刊行されたプロイヌンクとヴァルターの著作は、そのことを明確な数字で示している。それによると、1932年から33年にかけての冬学期（おおよそ10月から4月まで）ドイツ帝国に所在した大学（総合大学 Universität と専門単科大学 Hochschule）において法学教育を担当していた教授・名誉教授・私講師・非常勤講師で確認できた者の数は総数で496名であった⁽⁵⁾。

確認された496名のうち、職を追われた者は131名であり、総数の26.4%である。このうちユダヤ人であることを理由とする者が89名（総数の17.9%）、イデオロギー的、政治的理由による者が42名（総数の8.5%）である。131名のその後の消息は（不明が5名）、亡命移住した者がもっとも多く69名（このうちユダヤ人が59名）であり、亡命先は、アメリカ合衆国がもっとも多く22名（うちユダヤ人19名）、うち20名が学問的活動を継続した。その他の国々に亡命した者が40名（うちユダヤ人が35名）で、22名（うちユダヤ人20名）が学問的活動を継続した。さらにこうして亡命しながら学問的活動を継続した42名は、戦後、西ドイツに9名（うちユダヤ人8名）、東ドイツに1名、スイスに1名（ユダヤ人）が再移住した。

他方、亡命せずにナチスの支配領域に止まった者52名（うちユダヤ人28名）の運命は苛酷であり、1945年を超えて生き延びた者は28名に過ぎず、24名（うちユダヤ人18名）が1945年以前に死亡するか、殺害された。

以上のように、大学の法学教師の3割近くが大学を追われたという事実は、ドイツの法学界にとって極めて深刻な事態であった。その欠落部分を埋めるのは、これから教授職を得ようとする若い研究者であり、ヒトラー政権によるパージのあとにそのポストを継ぐことは、形式的であれヒトラーとナチス党への政治的忠誠を要求されることになる。のちに考察するキール大学法学部における1933年度の人事の刷新は、この典型的な事例であった。

職業官吏制度再建法による人事の刷新が先行した後、1937年の「ドイツ官吏法」第1条は、次のように規定した⁽⁶⁾。「①ドイツ官吏は、総統および帝国に対して、公法上の奉仕と忠誠の關係に立つ。②ドイツ官吏は、ナチス党に担われたドイツ国家の意思の執行者である。③国家は、官吏に対し、無条件の服従および最大の義務履行を要求する」。官吏としての大学教師は、こうして総統ヒトラーに対する個人的忠誠とナチス国家への無条件の服従を法律的に要求されたのである。

ナチス権力掌握時の大学法学教師のうち、上で見るように、約2割がユダヤ人のゆえに退職させられた。法学におけるユダヤ人の影響力の排除は、ナチス党の綱領的課題であった。これについて、「ナチスドイツ法律家同盟大学教師グループ」の責任者であったカール・シュミット（Carl Schmitt 1888-1985）は、1936年10月に「法律学におけるユダヤ主義」をテーマに会議を主宰した。シュミットがこの会議を企画した狙いは、ナチス党に対する忠誠を示して自らにかけられている政治的嫌疑（「体制に不実なカトリック教徒」）をすりぬけることであった⁽⁷⁾。そのような背景事情の下であれ、この会議では次のことが会議の成果として参加者によって誓約された。①ユダヤ人著作の引用は、剽窃を避けるために必要な限りで

のみ、かつ、ユダヤ人であることを明記して行うこと、②法学・経済学分野のユダヤ人著作家につき詳しい経歴調査に協力すること、③大学図書館ではユダヤ人の著作をドイツ人の著作と分別して管理すること、および④法学・経済学領域におけるユダヤ主義の歴史およびその犯罪性ならびにドイツ民族の生活へのユダヤ主義の浸透に関する共同研究を進めること、である⁽⁸⁾。

「ナチスドイツ法律家同盟」は、ナチス党の指導の下にある大衆組織であり、法律専門家を構成員として1928年に結成された。当初は数十名の小さな組織であったが、1933年4月には1,600名余と拡大し、翌5月にそれぞれ歴史と伝統のある既存の法律家組織、すなわち、ドイツ裁判官同盟(Deutscher Richter-Bund)やドイツ弁護士協会(Deutscher Anwalt-Verein)、また隣接職種の準法律家の組織が合流し、メンバー数は一挙に約8万人に膨れ上がる。裁判官と検察官、弁護士、裁判所書記官、公証人など8つの専門グループに分けられ、そのうちの大学教師グループには1934年末で399名が属したと記録されている⁽⁹⁾。この数は、ブロイヌンクとヴァルターの調査による496名(1933年冬学期時)と並べると、いくつかの推測を可能にする。なお、同盟の指導者は、ナチス党の法務部門の責任者であるハンス・フランク(Hans Frank 1900-1946)が務め(のちヒトラー内閣無任所大臣、ポーランド総督、ドイツ法アカデミー総裁、ニュールンベルク国際裁判で死刑)、フランクの任命によってシュミットが大学教師グループの責任者となった。

ドイツ法学におけるユダヤ人法律家の役割ないし貢献については、1993年にミヒャエル・シュトライス他による編集の『ユダヤ人出自のドイツ法律家』が具体的に43名をとりあげ、その業績を検討することを通じて、ナチスによるユダヤ人法学者の追放や理論的遺産の否定にかかわらず、かれらの業績がドイツ法学のなかにいかに深く浸透しているかを明らかにしている⁽¹⁰⁾。ユダヤ人の解放(ドイツ人との平等化)は、18世紀末から進み

始めるが、1871年ドイツ帝国の創設に至るまで、法律的職業への道の障害は、各州（Land）によって異なっていたものの、なお極めて大きかった。国家的法律家職（裁判官・検察官）への道は、ほとんど閉ざされていた。大学については、ドイツではじめてのユダヤ人博士は1799年のゲッティンゲン大学の医学博士、教授はこれもおなじく1859年にゲッティンゲン大学の数学教授、法学博士は1817年にハレ大学ではじめて認められたとされる。

上記著作で検討の対象として取り上げられている法学者の中から筆者のなじみという主観的基準で年代の古い順からこころみに挙げてみると、以下のようになる。

ヘーゲルとサヴィニーの間で思想と理論を形成したエドアルト・ガンス（Eduard Gans 1797-1839）、ヘックの師であり、近代商法学の創始者レビン・ゴールドシュミット（Lebin Goldschmidt 1829-1897）、パンデクテン法学者でプロイセン私法の権威ハインリッヒ・デルンブルク（Heinrich Dernburg 1829-1907）、学問としての公法学を築いたパウル・ラーンバンクト（Paul Laband 1838-1918）、法哲学者として労働法の先駆者フィリップ・ロトマール（Philipp Lothmar 1850-1922）、公法理論の体系家ゲオルク・イエリネック（Georg Jellineck 1851-1911）、ワイマール憲法起草に貢献したフーゴー・プロイス（Hugo Preuss 1860-1925）、法社会学の創始者オイゲン・エールリッヒ（Eugen Ehrlich 1862-1922）、比較法学の先駆者エルンスト・ラーベル（Ernst Rabel 1874-1955）、労働法学の共同創始者フーゴー・ジンツハイマー（Hugo Sinzheimer 1875-1945）、概念法学の徹底的批判者、自由法論の旗手ヘルマン・カントロヴィッツ（Hermann Ulrich Kantorowitz 1877-1940）、偉大な訴訟法学者レオ・ローゼンベルク（Leo Rosenberg 1879-1963）、純粋法学の提唱者、世紀の法律家ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen 1881-1973）、ロマニステンの大作家フリッツ・ピンクスハイム（Friz Pingsheim 1882-1967）、社会的法治国家論の提唱者ヘルマン・ヘラー（Hermann Heller 1891-1933）。

ここで名前をあげたドイツの法学者たちを抜きにしてドイツ法学の発展史を語ることができないことは、いうまでもない。現在から振り返ればまさにその通りであるが、ナチス時代、ユダヤ人法学者との交友は若い研究者のキャリアに大きな影を落とすものであった。戦後西ドイツ民法学において新憲法である基本法の理念の下、自己決定を私的自治の基本原理にすえた法律行為論によって大きな影響力を行使したヴェルナー・フルーメ(Werner Flume 1908-2009)の例は、典型的である。フルーメは、1933年4月ベルリン大学でその師フリッツ・シュルツ（かれはその助手を務めていた）がユダヤ人の故をもって強制退職させられたことに公然と抗議した。フルーメは、すでに博士号を取得し、教授資格論文の完成間際であったが、この出来事によってナチス時代におけるフルーメの学者の道は閉ざされた。教授資格論文は戦後1946年にやっと受理され、教授職（ゲッティンゲン大学）を得たのは1949年のことであった⁽¹¹⁾。

日本でも大著『近世私法史』（Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, 改訂版1967）で知られるフランツ・ヴィアッカー（Franz Wieacker 1908-1994）は、これまでの研究において、ナチス法学の推進部隊とみなされた「キール学派」（後述）のメンバーに数えられている。ところが、かれは、1933年に教授資格を取得したにもかかわらず、正教授としてはじめて任用されたのは1939年（ライプチヒ大学）であった。その後も2度軍役への召集をうけ、イタリアのミラノで敗戦を迎え、イギリス軍の捕虜となった。その理由は詮索されているが、ユダヤ人として強制退職させられた恩師フリッツ・ピンクスハイム（上記ユダヤ人法学者の一人）との交流ではないかとヴィアッカーの近辺によって推測されている。ヴィアッカーは、ピンクスハイムが1939年イギリスに亡命するまでかれに忠実であり、ゲシュタポ（秘密警察）の監視のなか、ピンクスハイムへの訪問を繰り返し、そこで彼自身の絶望を訴えたとピンクスハイム自身が回顧している⁽¹²⁾。かれの『近世私法史』は、ピンクスハイムに捧げられている。

学界での学派論争において、学派の特徴づけに「非アーリア人」が持ち出されることもあった。19世紀末以降の概念法学と法律実証主義に対する批判は、「法学における近代主義」と評され、法律の欠缺と裁判官の法創造を承認することにおいて共通の戦線を形成したが、その戦線を担う社会学的法律学、自由法学そして利益法学は、いうまでもなくそれぞれ理論的差異を示していた。利益法学派のヘックは、のちに見るようなラーレンツの批判に抗して、この3つの学派のうち社会学的法律学および自由法学の担い手が「非アーリア人」であるのに対し、利益法学の担い手がすべて「アーリア人」であることを強調し、非アーリア人であることがよりラディカルな議論（たとえば反制定法的規範創造を認める。利益法学はこれを認めない）を導くと弁明している⁽¹³⁾。ここでは上述のエールリッヒ（社会学的法律学）とカントロヴィッツ（自由法学）が念頭に置かれていると考えてよい。

ヘックのこのような立論は、いまの時点からみれば、疑いなく非学問的であり、人種差別的である。ヘックがナチス時代、すでに学界の権威ある大家でありながら、正教授になりたての若手研究者の批判に対するこのうろたえた応接は、ナチス政治権力の圧力のしからしむところともいえる。しかし、ヒュッパースによると、ヘックは、若い時代から「全ドイツ連盟」（Der Alldeutsche Verband）（1891年創設、ヘックは翌年に加盟）のメンバーとして積極的に活動している。全ドイツ同盟は、「ドイツの国民的志操の活性化、とくにすべてのドイツ人の人種にふさわしい文化的な共属性の意識の喚起と涵養を目指す」ことを目的とする団体であり、反ユダヤ主義的性格を強くもっており、ワイマール時代には政治的にナチスと共同した（ちなみに“Volk”の形容詞的表現である“völkisch”という用語は全ドイツ連盟が使いだして広がった）。ヒュッパースは、ヘックの履歴についての分析の結論として、かれが一生を通じてプロトタイプ的な形式（民族共同体思想と反ユダヤ主義）でナチ斯的信条を保持し、最後の10年には

ナチス主義者になったと整理し、ヘックがラーレンツよりも、ヒトラーとナチズムに近かったという判定を下している⁽¹⁴⁾。この分析を踏まえると、問題のあるヘックの立論は、政治的圧力によるものというより、学問的節度をなくした本音の表白というべきであろう。

「ナチス私法学」は、以上のような「環境」のなかで展開した私法学に関わる学問的営為の総体である。では、それを対象として考察しようとする場合、どのような視角から接近するべきであろうか。

2. ナチス私法学への「接近の視角」

ナチス私法学は、歴史的な対象であり、これを対象化し分析する時期的範囲は、形式的に言えばすでに70年を経た。つまり、研究対象は、たえず、研究主体との時間的距離を広げながら、客観的には同一のものとして歴史的に存在している。しかし、研究主体との時間的間隙が大きくなれば、研究主体の対象への接近の仕方が変化し、その変化は、歴史的対象の新しい掘り起こしや意味づけを産み出し得る。

その創刊（1968年）以来、精力的かつ持続的に「ナチスと法」のテーマに取り組んできた「批判的司法」誌（Die Kritische Justiz）⁽¹⁵⁾は、2013年第3号で特集を組み、若手研究者の編集によってナチス法研究に関する新しい視角を打ち出す試みを行っている。二人の編者（Lena Foljanty / Christiane Wilke）はいずれも1979年生まれであり、4名の論文寄稿者の生年もそれぞれ1966年、1973年、1975年、1979年である⁽¹⁶⁾。

編者の問題提起によれば、戦後ナチス法研究が伝統的保守的な学界に対して挑戦的、開拓者的なしかたで展開した時期、1960年代末から1970年代には、ナチス法研究それ自体が社会的な問題提起であり、発見し、啓発し、批判する先端的な研究であった。しかし、いまや、ナチス法研究は、そのことについて特別の正当化を必要としない確立した、ルーティンな研究領

域となっている。こうした現在、「研究対象からの増大する時間的距離」の条件を「チャンス」として自覚的に位置づけ、ナチス法研究の新しいパースペクティブを拓くという発想が求められている。では、具体的にどのような接近の視角が提案されるのか。

筆者のみるところ、ここで提起されている接近の視角は、ナチス法研究について、二重に重なり合った2つの歴史的対象を明確にすることである。1つは、狭く語れば1933年から1945年までのナチス法の営為の総体である。そして、他の1つは、そのようなナチス法の総体を対象化し分析してきた、戦後のナチス法研究の営為そのものである。戦後70年の今日、戦後の（60年代末以降の）ナチス法研究は、「歴史化」し、それ自体が分析と考察の歴史的対象となっている。つまり、ここでの歴史的対象の二重性は、①分析の対象となるナチス時代の歴史そのものであり、②それを研究対象とする研究の歴史である。ところで、この二重性の視角は、もう一つの二重性を気づかせる。それは、一方でナチスの時代と他方でナチスの時代に関わりつづける戦後70年の時代（罪責追及と弁明、想起と忘却のせめぎ合い）という2つの歴史的対象である。二重性のコンセプトは筆者の整理であるが、特集号の編者によって記述されていることがらは、このような二重性のコンセプトで説明できる。

戦後ナチス法研究の初期段階では、ファシズム理論に基づいてナチズムと資本主義、自由主義との関連を批判的に分析することが中心的な視角であり、歴史社会の構造論がターゲットとされた。ここでは法学（私法学）は、こうした構造の一要素として位置付けられ、法学（私法学）は、ファシズムの国家・社会構造の上部構造・イデオロギーとして、かつ、ナチス支配の維持・運用装置として分析されることになる。

特集号の編者によれば、これに対して、研究の歴史化とその自省は、構造分析によって見逃される個々の行為者の営為、また、それが織りなす社会的ダイナミズムに関心を向けることの必要性を示す。また、この場合、

「なぜナチズムが食い止められなかったのか、だれに責任があるのか」という罪責問題の設定ではなく、「そのように事態が進行したのは、どのような物質的、文化的、精神的条件によるのか」という行動可能性の総体分析の重要性が示される。さらに「行為者」の扱いについては、行為者の行為が一義的な態度に基礎づけられているのではなく、「灰色の基調」にあり、矛盾を含んだものであること、また、そのような行為の戦後における評価（罪責の追及と他方で擁護）が、ナチス時代を想起すべしという規範的要求とその抑圧という社会的状況のなかで複雑なあり方を示すことが、考慮されなければならない。編者によれば、「研究対象からの増大する時間的距離」は、「性急な責任の非難」によって視野を塞ぐことなしに、しかし、他方で「罪責を相対化」することなしに、歴史を自省する「チャンス」を提供するのである。

以上のことを具体的に敷衍してみよう。たとえば、カール・ラーレンツのナチス時代の業績を検討することは、ナチス私法学研究のもっとも重要な部分である。60年代末から70年代の初期の研究は、ラーレンツの理論がいかにナチス支配体制における固有のナチス法理論の形成に寄与し、支配体制の構築に加担したかに関心を向ける。その時代には研究を歴史化するストックはなく、戦後西ドイツの再ナチズム化の危機感のなかで、まさにナチス法イデオロギーとの直接の対決が課題とされたのである。筆者の70年代の論文は、西ドイツにおけるそのような研究状況を反映している。ちなみに、ラーレンツのナチス時代の仕事をはじめて批判的に分析したベルンド・リュッタース『無制限の解釈—ナチズムにおける私法秩序の変遷』（1968年）（Bernd Rüthers 1930-）は、当時の保守的学界において「礼儀知らず」と受けとめられる状況があった。リュッタースの著作は、その後、改訂なしに版を重ねて、ナチス私法学研究の古典と目されている⁽¹⁷⁾。その理由の1つは、初期ナチス法研究がファシズム論の視角から、つまりイデオロギー論的にナチス法理論を分析することに傾斜したのに対し、リュ

ッターズが私法学内在的な論理で分析し、戦前と戦後をつないで私法学（ラーレンツ）をとらえる視角を打ち出していたことによると考えられる。パラドシカルであるが、私法学内在的であるがゆえに初期ナチス法研究の「イデオロギー的拘束」から相対的に自由であり、時代貫通的業績となりえた。

以上に対して、戦後70年の今日、ナチス私法学とラーレンツというテーマを語る場合、ナチス時代のラーレンツの業績を分析する作業は、上述の二重性を考慮すれば、新たな課題を示すことになる。すなわち、ナチス私法学とラーレンツについての戦後の研究を歴史的対象とすること、また、ラーレンツの戦後の理論的活動および罪責追及と弁明の関わりを歴史的対象とすることが要請される。ラーレンツという一人の法学者は、ナチス時代よりもはるかに長い戦後の時間を生きたのである。

ヒュッパースの著作は、このような二重の課題に応える内容をもっている。ところで、かれの問題関心の出発点は、法学方法論（*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*）の歴史性と普遍性の探索にあり（方法論は時代条件に制約されるか否か）、そこからラーレンツの法学方法論の全形成史と同時に方法論の作出主体それ自身について歴史的分析を試みた。いいかえれば、ヒュッパースの著作は、少なくともかれの表向きの説明では、ナチス私法学研究として、その中心人物であるラーレンツの分析にターゲットを絞ったということではない。しかし、結果において、ヒュッパースの著作は、ラーレンツの方法論の測定器としてヘックの方法論を並べて考察し、ヘックとナチズムの関係の分析をともなったことによって、ナチス私法学研究として重要な成果となった。あわせていえば、森田論文は、「ナチス私法学」研究であることを明示しているが、その方法はラーレンツの法律行為論に焦点をあて、戦前と戦後を通じてその理論的同一性と相互偏差の関係を分析するものであり、方法的図柄はヒュッパースと相似的である。

ヒュッパースの著作の刊行を機会にして、初期ナチス法研究を担った世代に属するペーター・デアレーダー (Peter Derleder 1940-) は、「遅れた歯根治療—キール学派とその戦後私法についての意味—カール・ラーレンツとその弟子クラウス・ヴィルヘルム・カナーリスの例」と題する評論を「批判的司法」誌に掲載した。カナーリス (Claus-Wilhelm Canaris 1936-) は、ラーレンツの指導下で博士論文および教授資格論文を仕上げた弟子であり、1972年からミュンヘン大学でラーレンツの講座を継承した。デアレーダーの評論の意図は、極めて明快であり、「機会主義的なナチスト、反ユダヤ者、戦争賛美者」のラーレンツのナチス時代の活動と業績について、その弟子カナーリスも、また、その弟子ジグナー (Reinhard Signer) も真摯な検討を加えることなく (あるいは中途半端な検討にとどまって) 時日を徒過し、やっとひ孫の世代にあたるヒュッパース (かれはラーレンツの弟子筋ではない) に至って本格的に批判的なラーレンツ研究が出現したことの「遅滞」(つまりナチス私法学の「罪責追及」と総括の遅滞) を戦後私法学の問題として浮き彫りにすることである⁽¹⁸⁾。

デアレーダーのこの接近の視角は、一方でナチス時代のラーレンツの業績、他方で戦後私法学におけるラーレンツに対する批判的検討 (加えてラーレンツの自己批判) の遅滞という2つの歴史的対象を問題にするものであり、上述の二重のコンセプトによって整理できる。ただし、デアレーダーにおいて「研究対象からの増大する時間的距離」の意味は、歴史的対象への新たな接近のチャンスというのではなく、本来なすべき研究の遅滞として捉えられる。端的にその遅滞とは、ラーレンツに対する罪責の追及における遅滞である。これは、ナチス私法学研究に固有の課題というより、戦後ドイツ社会そのものの課題であり、課題は政治性・社会性をより強く帯びるものとなる。

デアレーダーの追及は、ラーレンツ以降の世代の遅滞のみならず (カナーリスに対する追及が中心であるが)、もとよりラーレンツ自身の自己批

判と総括の不作為にも向けられる。ラーレンツは、戦後、一切の政治的発言・活動を回避し、また、ナチス時代の活動についても口をつぐんだままであった。しかし、かれは、唯一、極めて印象的なやり方で自己の弁明を死後に残すことになった。それは、「アールマン伝説」とよばれている。

アールマン (Wilhelm Ahlmann 1895-1944) は、ラーレンツがキール大学教授に着任する時点でのプロイセン科学省の参事官試補である。キールの大銀行家に生れ、第一次世界大戦に従軍し、負傷し失明、法学部で学んだ後、1933年に科学省に入り、その最期は1944年7月のヒトラー暗殺事件に連座して逮捕直前の自殺である。ラーレンツは、キール大学着任にあたって、1933年4月、プロイセン科学省で担当参事官アイヒリス (Daniel Aichlis 1898-1963) に面会する。その面会が終わったところで、別室に呼びいれられ、そこでアールマンは、ラーレンツに次のようなことを告げた。のちにラーレンツの同僚となるフーバー (Ernst Rudolf Huber 1903-1990 キール学派の一人、公法学者) も科学省に同道しており、この場に同席した。このアールマンが、ラーレンツに告げた内容は、ラーレンツの弁明に役立てられる。

ラーレンツは、1987年に、1933年4月のこの出来事を法哲学者ラルフ・ドライヤー (Ralf Dreier 1931-) あての手紙で詳細に記述し、この手紙がラーレンツの死後、ドライヤーによって公表された⁽¹⁹⁾。それによると、アールマンは、ラーレンツに「ナチストが権力に着くことはもはや動かしがたい。そうだとすれば、かれらが理性的な道を行くように仕向けなければならない。かれらは、これまで法と国家の理念 (Idee) に対して正しい関係に立っていない。かれらに何が正しい関係かを伝えるために、あなたがその著作で展開したドイツ観念論の法・国家哲学を、ナチストが自分たちをその中に位置づけ、それを受け入れるような形で、進めていかなければならない。それがあなたの任務であるべきだ」と告げたのだという。ラーレンツは、このように、アールマンの示唆によって自分がナチスによる

法と国家の破壊に対する防波堤としての役割を果たそうとしたという「弁明」を試みた。

ラーレンツは、手紙のなかでさらに、1933年4月のこの出来事に、エンス・エッセン（Jens Jessen 1895-1944）が重要な役割をもったと記述している。エッセンは、ラーレンツとともにゲッティンゲン大学の法哲学者ユリウス・ビンダーのゼミナールのメンバーであり、国民経済学を専攻した。ラーレンツによれば、ビンダーゼミナールのグループは国家主義的な立場で共通し、ナチス党の統治能力に懐疑的であったが、エッセンだけは早くからナチスに入党して党の経済政策に関与し、ヒトラーの権力掌握後はキールの世界経済所長に就任、プロイセン科学省にもコンタクトをもち、影響力をもつ人物であった。かれは、ラーレンツと同時期にキール大学正教授として任用されるが、ラーレンツは、自分の役割についてのアールマンの指示は、自分をよく知るエッセンとの相談のうえでのものでないかと述べている。これは、アールマンの指示に背後関係を示唆することでより重みをつける役割を果たしている。というのも、エッセンは、アールマンと同様に、1944年7月事件に連座し、死刑となった人物である。つまり、ラーレンツの役割は、最後にはヒトラー暗殺を企てた2人の反ヒトラー派が設定したものであったことになるからである。

デアレーダーは、アールマン伝説を「ヒトラーに対する法の擁護者として国内亡命者の代表に足を踏み変える」ラーレンツの無駄な試み、と切って捨てている⁽²⁰⁾。ヒュッパースは、エッセンが反ヒトラーの立場にたつのはもっとあとの時期であること、それゆえエッセン＝アールマンの共謀説はなり立たないこと、また、「防波堤」の役割についてはその後のラーレンツの法・国家哲学の内容がこれを裏切っていることを実証的に示そうとしている⁽²¹⁾。

アールマン伝説は、ラーレンツによって登場人物とされた人々が手紙の公開時期にすべて死亡していて、そのこと自体の真偽を証明することは不

可能に近い。それでもラーレンツが死後にのこした仕掛けは、かれの人生と業績に対する「追悼」においてラーレンツ弁護論に恰好の手掛かりを与えることになった。弁護論は、アールマン伝説をラーレンツの弁明としてそのまま受け入れるか、あるいは、ラーレンツのナチス時代の「若き日の行き過ぎによる誤ち」を戦後におけるその真摯さと偉大さによって帳消しにするものが多かった⁽²²⁾。

もう一度上記特集号の編者の接近の視角にもとれば、ラーレンツの追悼に示されるあれこれの論評も、その論評の主体の学問的立場と内容とともに、歴史化され、対象化されて研究の射程に包摂される。森田も、ラーレンツに関わるこうした事情にふれながら、「過去を過去として見据えられる地位を幸いにも与えられた現在の我々は、淡々と曇りのない学問的視線を過去に照射するだけのこと」と述べている⁽²³⁾。ここで繰り返せば、「研究対象からの増大する時間的距離」は、「性急な責任の非難」によって視野を塞ぐことなしに、しかし、他方で「罪責を相対化」することなしに、歴史を自省する「チャンス」を提供しうるのである。

3. ナチス私法学と「キール学派」

(1) キール学派の位置

ナチス私法学は、さしあたり、ナチス時代の私法学に関わる学問的営為の総体である。この定義は、内容の特徴づけをはさまない、無規定的な定義である。ナチス私法学研究は、ここから踏み込んで内容的な特徴づけを試みなければならない。森田は、日本の従来のナチス私法学研究について、次のような論点で整理を行っている。それは、2つのアプローチの対立およびナチス私法学の類型化である⁽²⁴⁾。

ナチス私法学への2つのアプローチとは、ナチス私法学を全体としてドイツ私法学の発展のなかで「連続」的に捉えるか、または「不連続」的に

とらえるかの対立である。連続説の主張者として五十嵐清、不連続説の主張者として筆者があげられる。五十嵐説によると、戦後西ドイツ私法学の発展はナチス期に活躍した学者の手によってなされ、戦後西ドイツ私法学をナチス私法学の発展として捉えることができることから、〈ナチス私法学〉とは、つまるところドイツ民法典の発展であり、ドイツ私法学はナチスの出現いかに拘わらず同じ方向に進んだはずであり、「存在したのは『ナチス時代の私法学』であって、『ナチス私法学』ではなかった」とされる⁽²⁵⁾。

五十嵐説のような認識は、戦後ドイツの私法学において一般的に存在したものであった。この状況を批判的にとらえる業績が出始めるのが、上述した60年代末から70年代にかけての初期ナチス法研究の時代である⁽²⁶⁾。広渡の不連続説は、この新しい動向のなかで、「ナチス時代の私法学」という無規定的な規定—連続説的に理解すれば、ワイマール期と戦後西ドイツ期の中間期の私法学—に止まることなく、ナチス時代の私法学のなかに固有のナチス的な要素、つまり、〈ナチス私法学〉を析出するという課題を設定したものであった⁽²⁷⁾。したがって、連続説と不連続説は、戦後ドイツの私法学の動向と関連して存在し、「何を明らかにするか」の関心の差に基礎づけられ、また、全面的な対立関係にあるものではなかった。

連続・不連続という論理を国家・法・社会の歴史的発展に用いる場合には、多様なニュアンスを含んだものにならざるをえない。1971年から刊行がはじまった『ドイツ法史辞典』第3巻の「ナチズム期の法と法学」の項目では、「ナチス法」が次の3層に分けて考察されている⁽²⁸⁾。第1にナチスのイデオロギーによって特に影響された諸立法、第2にナチズムの支配の下に新たに制定され古い法のうえに積み重ねられた諸立法・判例、そして第3に1933年から1945年の期間に妥当し、実務化され教育された法秩序の全体である。つまり、ナチス法は、このように①最狭義、②狭義、そして③広義の3層に分けて考察されうる。最狭義のナチス法は原則として、

戦後占領下の管理委員会法および戦後のドイツ連邦共和国基本法によってその効力が否定された。その限りで、ナチス法と戦後ドイツ法との連続は切断された。ドイツ民法典は、第3層にあるが、民法典の解釈にかかわる「ナチ斯的イデオロギー」に特に影響された理論があるとすれば、これは戦後に連続するか、切断されるのか。以上のように、総体としての法秩序、総体としての私法学というレベルで考察するならば、それは、連続面と不連続面の複合として考察しなければならない⁽²⁹⁾。

筆者の大状況的な見方によれば、ナチス期はドイツの法発展における近代から現代への移行を決定的にした時代であり、戦後60年代に成立する西ドイツの社会経済に関する法体制を基本的に準備するものであった⁽³⁰⁾。その意味においてナチス期と戦後西ドイツは連続的である。しかし、ナチスの独裁と人種主義・反人権は、戦後に徹底的に糾弾され、その断絶が追求されたのである。筆者は、ナチスの時代においてポスト近代という意味での現代（このかぎりでは近代と発展史的に連続的）およびアンチ近代（近代の否定という意味で近代と断絶的）の両要素をみることができている⁽³¹⁾。

次にナチス私法学の類型化の論点である。筆者は上記のように、ナチス時代の私法学において〈固有のナチス的なものを析出する〉という課題を設定したので、その担い手となる法学者およびその法理論に狙いをつけた。ナチスの権力掌握以降、「ナチスによる法の革新」—法制度改革とともに法思想・法理論の改革が企図される—が上から意識的に進められる。これを担うのがいわゆる「キール学派」であり、ナチス法研究においてだれもが注目する対象であった。筆者は、さらにナチスの法の革新を進める改革派のなかに急進派と目されるキール学派と一線を画する穏健派（保守派）が対抗していることを分析した⁽³²⁾。森田は、これを広渡の2類型論と整理する。筆者と同世代の中村哲也は、急進派と穏健派の分類がナチ斯的イデオロギーによる伝統的民法学からの離反度という一般的基準にとどまって

いるのに対して、より法学方法論に密着した基準を立て、①本来的ナチス学派、②ナチス適合学派、および③非ナチス学派の3つに類型化した⁽³³⁾。人的には、広渡の急進派と穏健派の2類型は、中村の①と②に重なる。

さて以上の整理によって「急進的改革派」ないし「本来的ナチス学派」と目されたのは、「キール学派」に属する私法学者である。そこでキール学派について、最近の実証研究をも参照しながら論じよう⁽³⁴⁾。

(2) キール学派の形成

キール学派(Kieler Schule)の名称は、ドイツ北部シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州の州都キールに位置するキール大学(正式名称はChristian-Albrecht 大学)の法学部スタッフによって構成されたグループであることに由来する。キール大学法学部は、上述した職業官吏再建法によってスタッフのほとんどが第3条の強制退職(ユダヤ人)、第4条の罷免(政治的信頼性なし)ないし異動となり、人事の総入れ替えをせざるをえない事情におちいる。この入れ替え人事に際して、確信的なナチストであるプロイセン科学省の担当参事官アイヒリスなどによって、ナチスの法の革新を支える若手学者をキールに集める計画が進められたのではないかと推測されている⁽³⁵⁾。

同法の措置によってキールを去った教授は、第3条の強制退職とならんで、第4条による罷免がほぼ半々である。このなかには、法哲学のゲルハルト・フッサール(Gerhard Husserl 1893-1973 第3条の強制退職)、自由法論の旗手で刑法学者ヘルマン・カントロヴィッツなどがいた。カントロヴィッツは、1927年からラートブルフ(Gustav Radbruch 1878-1949)の後継者としてキールに着任していた。かれはユダヤ人であったが、第4条により政治的信頼性なしとして罷免された。これは、かれの任用が当時の社会民主党のプロイセン科学大臣の強い推薦によるものであったことが原因であり、国際法学者シュッキング(Walter Schücking 1875-1935)も平

和主義者として同様の理由によって罷免された。

既存スタッフの一掃を受けたキール大学法学部の新人事によって、次のような若手法学者が1933年4月以降キールに集められた。以下に示すスタッフのすべてを「キール学派」とよぶかどうかは、ヴィアッカーをめぐる議論があるように、検討すべき論点であり、これを留保しつつ、キール学派という用語を使うことにしよう。

まず第1陣として、1933年中に次の5名が着任する。

刑法学のゲオルク・ダーム (Georg Dahm 1904-1963)、公法学のエルンスト・フーバー (前出)、法哲学・民法のカール・ラーレンツ、民法・民訴法のカール・ミヒャエリス (Karl Michaelis 1900-2001)、そしてドイツ法史・民商法のカール・エックハルト (Karl August Eckhardt 1901-1979) である。ナチス党への入党は、エックハルトが1932年、ダームが1933年、ラーレンツとミヒャエリスが1937年である。ヴィーナーの調査ではフーバーの入党は確認されていない。入党の時期は、ナチス党との近接度・政治的信頼性をさしあたり示すものと考えてよい。ナチス党は、1933年5月に入党制限を行い、ヒトラー・ユーゲント、突撃隊 (SA)、親衛隊 (SS) のメンバーのみに入党を認めた。ちなみにラーレンツの師、ユリウス・ビンダーは、この直前1933年4月に入党した。1937年入党は、その規制廃止後の入党である。

1932年入党のエックハルトは、おそらくその政治的信頼性によって、キール学派形成において特別の役割を割り当てられた。かれは1928年にキールの正教授として赴任し、1930年にベルリン、1932年にボンに異動し、1933年10月にキールに再赴任した。これは、プロイセン科学省の意向に従ったものである。かれは、1934年10月に科学省に異動し、翌年にはベルリン大学正教授に就任、科学省では法学部教育改革を担当し、のちにみる「法学教育の新指針」の作成に貢献、この新カリキュラム実行のための部隊としてキール学派を利用することになる。

1934年-1935年着任の第2陣は、次のようなメンバーである。

法哲学と農業法のマルティン・ブッセ (Martin Busse 1906-1945)、刑法のフリードリッヒ・シャフシュタイン (Friedrich Schaffstein 1905-)、民商法・労働法のヴォルフガング・ジーベルト (Wolfgang Siebert 1903-) 政治学・国際法のパウル・リッターブッシュ (Paul Ritterbusch 1900-1945)、ローマ法・民法のフランツ・ヴィアッカー (前出) である。シャフシュタインとリッターブッシュは、正教授としての着任であるが、ジーベルトは准教授として (1937年に正教授)、ヴィアッカーは私講師として (1937年に准教授)、ブッセは、教授資格論文をキール大学に受理され、1937年に准教授としてそれぞれ着任した。

全員ナチス党に入党しているが、リッターブッシュが1932年入党でもっとも早い。かれは、1937-1941年にキール大学学長を務め (ちなみにダームはそのまえ1935-1937年に学長を務めている)、1940年には帝国教育省から「精神科学の戦争動員」プログラムを委託され700名の学者を動員して著作物を刊行したが、ラーレンツをはじめキール学派のメンバーはこれに積極的に協力した。このプログラムの目的は、リッターブッシュによれば「今次の戦争の最終的な根拠となるべき新しいヨーロッパ秩序の理念を、学問的な、議論の余地のない方法で作り出し、ヨーロッパ諸国民の生活の真实性と現実性として証明することである」とされた。ラーレンツは、このシリーズのうち1巻を担当し長大な論文を寄稿し、プログラムへの貢献によって召集を免れ、加えて1942年に「戦時功労十字勲章」(Kriegsverdienstkreuz) を授与された⁽³⁶⁾。真正のナチスト、リッターブッシュは、ドイツの敗戦が必至となった1945年4月26日に自殺した。

キール大学法学部が以上のような陣容をもったとして、そのスタッフを基礎にして「キール学派」と括るためには、ナチスの法の革新運動とのつながりが示されなければならない。新陣容のキール大学法学部は、プロイセン科学省において、革新運動を進めるための拠点として「特別攻撃学

部」(Stoßtruppfakultät)と位置づけられ優遇措置の対象とされた⁽³⁷⁾。この特別攻撃学部は、キールのほか、ブレスラウ大学法学部(ブレスラウは現ポーランド領)、ケーニッヒスベルク大学法学部(ケーニッヒスベルクはカリーニングラードとして現ロシア領)が指名された。これらの大学に共通するのは、国境地域の大学(Grenzlanduniversität)であることだが、それが何を意味するかは分からない。推測として、これらの大学に期待された役割は、職業官吏再建法による人事の刷新が大幅であったこと、かつ、学部規模が大きくなりなく掌握が比較的たやすいことを理由とするのではないかとされている。この3大学に加えて、特別攻撃学部として指名されなかったが、ゲッティンゲン大学も特別優遇措置の対象とされた。キール大学の新スタッフのうち、ラーレンツ、ブッセおよびミヒャエリスは、ゲッティンゲン大学のユリウス・ビンダーの下で博士号を取得し、シャフシュタインおよびエックハルトもゲッティンゲンで学び、そこで博士号を取得している。キール学派におけるゲッティンゲン人脈とでもいうべきものである。当時のゲッティンゲン大学法学部長は、以上のことをとらえて「本学部は最良のナチス法学者の養成学校」とあいさつしたと言う。

(3) キール学派の展開と「終焉」

キール学派の革新運動への関与は、まず、法学教育改革に見られる。1935年1月に帝国科学大臣は「法学教育のための諸指針」を発表したが、同指針の内容は、前年1934年12月にベルリンで開催されたナチス法律家同盟大学教師グループの研究会議の成果をうけて作成されたものであった。この問題は、帝国とプロイセンの大学行政に関わっているエックハルトが政治的な根回しを行い、大学教師グループ責任者のシュミットが研究会議を主宰し、キール学派がイニシアチブをとった⁽³⁸⁾。

法学教育の新指針は、これまでの法学体系(したがって法学教育体系)を大きく揺さぶるものであり、最終的には民法典に代わる民族法典の制定

の議論にまで射程が及ぶものとみなしうる。新指針による履修プランは、次のような9つの大部門の下に個別科目を配置するものであった。①歴史、②民族、③諸職業身分、④国家、⑤法的取引、⑥法的保護、⑦非国家法、⑧法哲学、および⑨法律家のための経済学の9つである。この大部門制の下では、たとえば従前の民法科目は、家族と相続が②民族に配置され、契約・不法行為・土地・動産・法人が⑤法的取引に配置される。民法総則は、どの部門に置かれるか不明である。公法関係をみると、憲法・行政法は④国家に配置されるが、他方で②民族においても、民族と人権、民族と国家の科目が規定されていて、相互の関係が問題となる。刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法および執行法は、⑥法的保護にまとめられる。従前の体系を崩す新指針による履修プランは、まさにナチスの法の革新をリードするものと位置づけられた⁽³⁹⁾。

キール学派の共同性を当時の学界に鮮烈に印象づけたのは、1935年に刊行された『新しい法学の基本問題』⁽⁴⁰⁾である。これは、ダーム（「犯罪と構成要件」）、ラーレンツ（「法人格と主観的法」）、フーバー（「高権的法の新しい基礎概念」）、ミヒャエリス（「外国法の浸透以降のドイツ的法的思考の変遷」）、シャフシュタイン（「義務違反としての犯罪」）およびジーベルト（「権利濫用の本質について」）の6人の論文集である。これに対する書評によれば、論文集は、「具体性と全体性を目指す法的思考」を共通の基礎とし、同僚的共同作業によって「新しい法学の性格と態度を表現する統一的方向」が示され、「新しい法学という建築物の土台を作った」と“絶賛”された⁽⁴¹⁾。それぞれの論文の題名が示すように、この著作では、法学の基礎カテゴリーについて、従来の法思考（抽象的、分別的、規範主義的、実証主義的思考）の否定にたって再構成する（具体的にしかつ全体的な秩序ないし概念として把握する）ことが試みられた。

ラーレンツについてはのちに詳論するが、かれはドイツ民法典の出発点である「人間は出生とともに法人格＝権利能力を取得する」という原理の

再構成を提案する。なぜなら「人間」は、平等に権利を享有する能力を持つ者として抽象的に把握されるべきではなく、具体的に「民族同胞」(Volksgenosse)として把握すべきであり、民族同胞こそが法的生活に一般的に関与しうる「法同胞」(Rechtsgenosse)であるからである。この新たな具体的把握の理論的帰結は、民族同胞たりえないユダヤ人の法人格＝権利能力を、ドイツ国籍者であるにも拘わらず否認することである。ジーベルトは、個人を民族の分枝(Glied des Volks)として具体的に把握すべきこと、民族分枝としての共同体における義務が権利の内容を形成する契機となること、それゆえ、いまや権利を「民族同胞の具体的な地位における権限」として理解すべきことを主張する。権利の濫用とは、こうした共同体における民族分枝としての義務に違背することである。以上をみれば、二人の立論は、ナチスの価値観(民族共同体思想とユダヤ人の排除)に規定されたドイツ民法典の改正案ないし新解釈ということができる⁽⁴²⁾。

もう一つの重要なイベントは、エックハルトによって招集された研究会議である。これは、帝国科学大臣ルストおよびナチス法律家同盟指導者フランクの委託に基づくものであり、1935年5月26日から6月1日まで、キールのキッツェベルクにおいて行われた。会議の目的は『基本問題』の刊行によって基礎固めをしたキール学派の法の革新のための闘争共同体をさらに発展させ、かつ、陣営を強化、拡大して戦線を展開することであった⁽⁴³⁾。

キッツェベルク会議に集められたメンバーは、キール大学から、ブッセ、ダーム、フーバー、ラーレンツ、ミヒャエリス、シャフシュタイン、ジーベルトおよびヴィアッカー、キールと並ぶ「特別攻撃学部」のプレスラウ大学から、民法学のハインリッヒ・ランゲ(Heinrich Lange 1900-1977)、法制史のハンス・ティーメ(Hans Thieme 1906-2000)、民法学のハンス・ヴュルディンガー(Hans Würdinger 1903-?), 同じく「特別攻撃学部」のケーニヒスベルク大学からリッターブッシュ(かれはこの会議のあと

1935年10月にキールに着任), 加えてフライブルク大学から公法学のテオドル・マインツ (Theodor Mainz 1901-1993), マールブルク大学からハインリッヒ・ヘンケル (Heinrich Henkel), その他弁護士2名である。

会議の成果は, 1936年10月から刊行が開始された, エックハルトの編集にかかる「ドイツ法学」誌 (Deutsche Rechtswissenschaft) の第1巻1号に6本の論文とヴィアッカーによるまとめの体裁で掲載された⁽⁴⁴⁾。私法学の報告は, ヴェルディンガー「私法における主観的法」, ランゲ「法律行為概念について」, ジーベルト「主観的法・具体的権限・義務秩序」, そしてラーレンツ「共同体と法的地位」である。ジーベルトおよびラーレンツの報告は, それぞれ『基本問題』で展開した理論を発展させようとするものであった。ジーベルトによれば, 従前より一層明確に, いまや「人間」(Mensch) や「法人格」(Rechtsperson) という抽象的概念は無価値であり, ある者の「権利」とは「その者の民族共同体における具体的分肢的存在」によってその本質と内容を決定され, 「具体的民族同胞的権限」ないし「分肢権」とよぶべきであるとされた。ラーレンツは, すでに提案した主観的法に代わる「法的地位」の概念を「支配の従属的对象でもなく, 自己目的としての私人でもない, 共同体分肢・共同体の担い手たる民族同胞が共同体に対して有する一定の職務としての地位」と定義し, より進んだ基礎づけを試みた。

これに対してヴェルディンガーは, 権利における義務の契機について, 債権関係共同体論 (債権者も債務者に対する信義 fides によって義務づけられる) を論じるが, 所有権の義務づけについては, 現実の政策的要求に法の解釈・適用が応えようとするれば法的不安定性を生む危険性があり, 立法政策に委ねるべき問題と位置づけた。この議論からすれば, キール学派の理論は法の解釈・適用から遊離した非実際的な思弁としてネガティブに位置づけられる⁽⁴⁵⁾。

この会議の参加者の一人ランゲは, 1933年以降の民法学の展開を記述す

る1941年の著作のなかで、キッツェベルク会議によって若手法学者の共同戦線を形成しようとしたエックハルトの目的が自分を含めたブレスラウ・グループの拒否によって挫折したと述べている。ランゲによると、その拒否はキール学派の「過剰さ＝行き過ぎ」に反対するものであり、ブレスラウのこの「抑制的なグループ」は、たとえばハインリヒ・シュトル(Heinrich Stoll 1891-1937)と同様に、新民法学の形成がもはや基本問題を議論する段階ではなく、個別の問題の検討に入ることが必要だとみなしていたとされる⁽⁴⁶⁾。

上述の広渡2類型論という穏健派は、ここでの二人のハインリッヒ、ランゲとシュトルをその担い手として位置づけたものである。

ランゲは、このようにキール学派に対抗的、対立的な立場をとったが、ナチスの法の革新運動に一貫して関わり、重要な役割を果たした。かれは、フランクが創始した「ドイツ法アカデミー」(1933年9月バイエルン州の公法人として設立、1934年7月帝国法律により帝国公法人となる)の創設時からの会員である。ドイツ法アカデミーは、「エリート組織」として当初の会員数が200名以内に限定され、ナチス党幹部が名を連ね、大学教授は40名強であった。二人のハインリッヒはともに創設時会員であるが(利益法学のヘックは1936年にはじめて会員に任命された)、キール学派で名を連ねたのは、ダームのみであった⁽⁴⁷⁾。ランゲがナチス党に入党したかどうかは手許の資料で確認できないが、ライプツヒ大学法学部で助手を務めていた1933年春にザクセン州国民教育省の大学担当官に任命されたことからみて、ナチス党との密接な関係が推測できる。その後、1934年4月にブレスラウ大学の正教授に着任した⁽⁴⁸⁾。

ランゲは、1世代年長のヘーデマン(Justus Wilhelm Hedemann 1878-1963)とともに、ドイツ法アカデミーの私法部門で中心的な役割を担い(議長ヘーデマン、書記ランゲ)、相続法委員会委員長を務め、1939年5月からフランクの指示によって民法典に代わる民族法典(Volksgesetzbuch)

の編纂作業が始まると、その総括責任者に任命された。ただし、同年9月に、フランクは責任者をヘーデマンに差し替える。この後ランゲは相続法委員会の仕事に集中するが、民族法典編纂の内容について批判的な立場を示した。ランゲは、1939年10月からミュンヘン大学教授となるが、敗戦後アメリカ軍政府の非ナチ化措置によって罷免される。ただし、1951年にはヴェルツブルク大学教授として復帰し、民法学者としての活動を継続した。

ヘーデマンの下で進められた民族法典編纂作業の推移と結末は、ここでは触れないが⁽⁴⁹⁾、作業の成果として当時公開された唯一のものが『民族法典 基本規則および第1編 草案と解説』（1942年、117頁）である⁽⁵⁰⁾。編者はヘーデマン、ハインリッヒ・レーマン（Heinrich Lehmann 1876-1963）およびキール学派のジーベルトであり、執筆者である「第1編民族同胞」委員会メンバー11名（編者を含む）のなかに、キール学派のミヒャエリスおよびヴィアッカーが入っている。また、執筆者ではないが、とくに議論に参加した者としてダームの名があげられている。ドイツ法アカデミーの民族法典編纂作業は、全8編構成（第1編民族同胞、第2編家族、第3編相続、第4編法的取引および責任、第5編所有権秩序、第6編労働、第7編企業、第8編団体）を予定して個別の問題の検討が進められ、1941年1月には、20近い委員会の下、200名ほどの協力者が関与していた。もちろんラーレンツもその協力者の一人であった⁽⁵¹⁾。

民族法典「第1編民族同胞」の執筆者などをみれば、キール学派の若い世代とヘーデマン、レーマンなどの古い世代が連携・協力している構図がみえる。基本規則は全部で25条であり、その第1条「至上の法律はドイツ民族の福利である」、および第2条「ドイツの血、ドイツの名誉および遺伝的健全性は、純粋に保持され、かつ、維持されなければならない。これらは、ドイツ民族法の根源的力である」は、まぎれもなくナチスの戒律である。また、民族法典の適用範囲は、「大ドイツ帝国のすべての国民」であるが（「大ドイツ帝国」はオーストリア併合以降の国名として用いられ

た)、「異人種の血の帝国国民 Reichsangehörige artfremden Blutes には、その目的によってドイツの血の帝国国民にのみ定められる諸規定は適用されない」と規定された(第24条)。以上のような基本規則の規定は、しかしながら、この法典の創作にかかるわけではなく、この時点においてすでにナチス支配下で妥当している法制度・法理論を反映し追認したものであった。周知のように1935年9月、ニュールンベルクにおいてナチス党大会にあわせて招集された帝国議会は、「ドイツの血およびドイツの名誉の保護のための法律」、「ドイツ民族の遺伝的健全性を保護するための法律」そして「帝国市民法 Reichsbürgergesetz」を制定した(「ニュールンベルク諸法」と呼ばれた)。これによって、ユダヤ人はドイツ人との婚姻を禁止され、また、ドイツ国民でありながら政治的諸権利を奪われて非・帝国市民と位置づけられた(これについては後述)。

第1編民族同胞(全80条)の最初の4ヶ条は、第1款「民族同胞の人格性」第1節「民族共同体における法的地位」の表題の下に配された。第1条「基礎」はこうである。「①すべての民族同胞は、その人格と財産によって、民族共同体の存立と繁栄に必要なものを民族共同体に与えなければならない。民族同胞は、労役および兵役を提供し、公租公課を負担し、民族的共同生活に義務意識をもち積極的に参加しなければならない。②そのことのために民族同胞は、その人格性および責任の表現として、民族共同体における法的地位を保障される。」これに、第2条「民族的共同生活における活動」、第3条「責任」、第4条「法的地位の保護」が続く。

民族同胞の編に示されたカテゴリーや意味内容は、ジーベルトやラーレンツが学問的な議論として示していたものをより通俗化された形で規定している。とはいえ、すでに戦争の行方がソ連との開戦によって厳しくなっていた戦時下ドイツにおいて、第1条の規定ぶりは、政治的な現状をそのまま認める性質のものであったと考えられる。

以上見る限り民族法典草案の内容は、ナチス支配下で作り出された政治

的社会的状況を規範的に反映したものである。そこには、キール学派の新理論の先行性が認められる。とはいえ、民族法典草案は、古い世代と若い世代の協力の上で成立した。ナチス支配体制のなかでキール学派がなにに貢献したのか、その役割は何か、問題が解明され尽しているわけではない。

この項の締めくくりとして、ここでキール学派の「終焉」について述べよう。ナチスの法の革新を担う若手学者の学問的作業共同体としてキール学派を位置づけると、メンバーがキールから別の大学に異動することは、事実上そのまとまりを維持することを難しくする。逆にいえば、異動は、キールに止まって一緒に活動するというインセンティブが薄れたということの意味しよう。メンバーのキャリアをみると、1937年にフーバー、1938年にミヒャエリス、1939年にダームとヴィアッカーがライプツヒに、ジーベルトが1938年にベルリンに異動した。敗戦時までキールに止まったのは、じつはラーレンツのみであった。

ヴィーナーの考証によると⁽⁵²⁾、キール学派のオーガナイザーともいべきエックハルトは、1937-38年のキール学派メンバーの異動をもはや止めることができなかった。その理由は、ナチスの党・国家指導部が、数少ない確信的な若手ナチス法学者を特定大学に集中することに意義があるかどうか疑問をもったことである。また、エックハルトは、若手学者の側の事情として、新法学の試みが実務に受け入れられず諦めが生まれたこと、一部の他の大学から特別待遇に批判があること、新国家への貢献を目的にしたのに党の道具になっているのではないかという疑念が生じたこと、そこから研究対象を世界観的に中立な領域に移す傾向が生まれたこと、ひとたび正教授に就任したことでより大きな、政治的に色のついていない法学部によって認められたいという要求が生まれたことなどを挙げている。さらに、エックハルト自身、1937年5月政敵との争いでヒトラーの支持を失ない、帝国科学省を去り、政治的影響力を失った。こうして、1937-38年に、キール学派は終焉を迎えた。しかし、いうまでもなく、キール学派に

属した学者たちは、一部を除いて、戦後に学者としての活動を続け、大きな業績を示すのである。その功罪の検証は、ナチス私法学研究の二重の課題の視点から、一人ひとりの学者に即して行われなければならない。

4. ナチス私法学とカール・ラーレンツ

ラーレンツは、ナチス私法学研究において、もっとも重要な分析対象と位置づけられる法学者である。それは、キール学派のメンバーとしてナチスの法の革新のために法哲学的基礎づけの下に私法カテゴリーについて（法人格・主観的法＝権利、契約）新理論を提起したこととあわせて、戦後、法学方法論と民法学において傑出した業績を示し、この分野について「20世紀ドイツ法学において他に比肩すべき者なし」という評価を得た⁽⁵³⁾ことによっている。ラーレンツは、上述のように、1933年4月からキール大学法学部で強制退職させられたゲルハルト・フッサールの代講を務め8月に正教授に就任、1944年には学部長を務め、他のキール学派メンバーの異動にかかわらず、敗戦時までキールに止まった。敗戦直後、占領したイギリス軍政府によって教職禁止の措置をうけるが、1949年にキール大学に復帰し、1960年にミュンヘン大学の招聘をうけて異動し、そこで学者としての人生を全うした。

ラーレンツのこのような学者としての軌跡は、ナチス私法学の分析対象としてのラーレンツに接近する場合、すでにふれたように、①ラーレンツのナチス時代の業績の分析、②戦後のラーレンツ自身による戦前の業績についての評価（自己批判を含む総括）、③戦後のラーレンツの業績の分析、そして④戦前と戦後の連続ないし不連続性の分析を研究課題として提起することになる。②の課題については、すでに指摘したように、ラーレンツ自身の明示的な提示はなにもないから、そのことは、④の課題のなかで、分析者が読みとるしかない。その読みとりは、ラーレンツの学者としての

「生き残り戦略」として、あるいは、「時代規定的な学問的適応」として評価するか、学問的分析者の立場が関わってくるが、現実の複合性はそのような仕分けを困難にするであろうことが予測される。

最初に紹介した森田とヒュッパースの作品は、これらの課題に応えようとするものであり、前者はラーレンツの法律行為論に、ヒュッパースはラーレンツの方法論に焦点をしぼり、ラーレンツのワイマール時代（博士論文・教授資格論文など初期の作品）、ナチス時代、そして戦後の時代を通じて、その変化、つまり連続と不連続の複合的なあり方を探索している。ヒュッパースは、方法論とあわせて、ナチズムへの同調度を測定するために、その試金石として「人種主義・戦争・ヒトラー」に対する態度を用いてラーレンツの分析を行っている。

（１）ラーレンツの「妥当の表示」論

森田の分析は、その表題の通りにラーレンツの「手品」の種明かしをすることである。ラーレンツの債務法関係業績の検討を行ったラルフ・フラセック（Ralf Frassek ハレ大学教授）は、ラーレンツが実定法の包括的な変更のない局面において一方で根本的に新しい体系を秩序づけ、他方で従前の実定法体系（ドイツ民法典）の文言と調和させるという難問に巧みに応える理論を提示することを「クロース引き」の手品にたとえた。つまり、それは、あたかも「テーブルの上のひとそろいの食器をいささかも損なうことなくテーブルクロスを取り替える」もののようであると⁽⁵⁴⁾。森田は、これに示唆をえて、ラーレンツの法律行為論がワイマール期からナチス期に、そしてナチス期から戦後に、二度のクロース引きを行ったこと、「枠組みをそのままにして意匠を一変させること」に成功したことをラーレンツの論文の詳細な検討を通じて明らかにしている。森田は、これを「第1の換装」と「第2の換装」の「二重の換装」と名付けた。

この二重の換装をつうじる中心的な理論枠組みは、「妥当の表示」

(Geltungserklärung)である。その出発点は、ワイマール期の装備である。ラーレンツは、その教授資格論文『法律行為解釈の方法、同時に意思表示理論のための一寄与』(1930年)⁽⁵⁵⁾において、従前の意思主義と表示主義の対立を克服する(弁証法的に止揚する)新たな概念として「妥当の表示」を提起する。それによれば、意思表示は、行為者の内心の意欲である意思およびその意思を表示する行為、つまり意思と表示の二元論的結合ではなく、行為の妥当を意欲する表示そのものとして統一的に理解されなければならない。意思表示が惹起する法律効果は、行為者の意欲する意思に結びつくのではなく、妥当する表示に対して法秩序が与えるものである。つまり、意思表示は、行為者が妥当すべきものとなした表示として、主観を経由して作り出された客観的な存在であり、法律効果はそれに結びついて法秩序によって賦与される。それゆえ、意思表示が法律効果をもつのは、行為者の妥当の表示および法秩序の妥当の賦与という二重の契機である⁽⁵⁶⁾。

もう1つは、表示に妥当を賦与する法秩序がどのような妥当根拠をもつかである。これについてラーレンツは1929年の『法の妥当の問題』⁽⁵⁷⁾で論じるが、そこでは、実定法と法イデー(Rechtsidee)の関係が核心の問題である。法イデーは、実定性を超越し実定法を正統化する根拠として想定されるものであるが、ラーレンツは、ヘーゲルを典拠に「実定法と法イデーの同一性」を指摘し、法イデーの普遍性が実定法の特殊性を通じて実現されているとして、客観的観念論の法哲学者としてそこに法の妥当の根拠を求める。注意すべきことは、実定法と法イデーの2契機を指示しつつ、両者を実定法に内在的に統合することである。ヒュッパースは、この点について先行研究であるコッカート『カール・ラーレンツにおける類型の概念』⁽⁵⁸⁾の主張、すなわち、〈ラーレンツは法イデーのカテゴリーを実定法に新たな内容を持ち込むために利用した〉を誤った解釈だと批判する。コッカートの主張通りであれば、ラーレンツはワイマール時代にすでに哲学

的カテゴリーによって実定法上の概念の転釈を企図していたことになり、「換装」を語る余地はない。ヒュッパースの議論は、森田のテーゼを借りて言えば、ラーレンツの装備としての枠組みが、実定法と法イデーの統一的把握であり、ワイマール期には法イデーが実定法に内在化されるという意匠によって実定法尊重、共和国の立法者の側に立ったと見るのである⁽⁵⁹⁾。

以上を前提として森田の結論を示そう。第1の換装（ワイマール期からナチス期へ）において、ラーレンツは、妥当の表示の拘束力の根拠の二元的把握（行為者の妥当の表示と法秩序による妥当の賦与）を維持しつつ、後者への重点移動と同時に「法秩序一般」から「具体的な民族共同体」への視角の移行を行う。また、妥当の表示を基礎として成立する契約は、妥当の根拠である民族共同体による内容規制に対して直接に（行為者の妥当の表示を通じて）、また間接に（民族共同体の客観的秩序を通じて）開かれる。しかし、主観を通じて作り出される客観的存在としての妥当の表示の理論は、私的なイニシアチヴ（私的自治）の契機を保持したままであり、この契機は捨て去られるのではなくいわば冷凍保存された。

第2の換装（ナチス期から戦後へ）において、ラーレンツは妥当の表示の拘束力の根拠の二元的把握（行為者の妥当の表示と法秩序による妥当の賦与）を維持しつつ、今度は前者への重点移動と同時に民族共同体から基本法の下における実定法秩序への視角の移行を行う。妥当の表示を基礎として成立する契約においては、冷凍保存された私的なイニシアチヴ（私的自治）の解凍と積極的な意味づけが新たに行われる。契約内容に対する規制は、間接的な道のみ残される⁽⁶⁰⁾。

「二重の換装」がさしあたり示したことは次のことであろう。ラーレンツが学者として出発したワイマール期から、ナチス期においても、戦後においても、私法学者として政治的、学問的に破綻することなく、学問的活動を〈連続的に〉継続しえたのは、その理論構造に対立する二重の契機を

とりこむことを基本として、その相互関係を政治的社会的スタ Tus・クオへの適応を配慮し、学問的意匠としてその都度構成することに成功したからである。森田は二重の換装を支えたものとして、その第1に『『妥当の表示』概念の弁証法的構造』を指示しているが、そこには新ヘーゲル学派の法哲学者ラーレンツのレトリックの威力発揮をみることができる。

「二重の換装」のテーゼは、一般的にいて、政治的条件と支配的世界観の変化のなかで、ある法理論の発展を連続的にとらえるか（その変化に依存していない）、不連続的にとらえるか（その変化に依存している）という問題が簡単に立てられないことを示している。森田が指摘しているように、妥当の表示理論は、戦後ドイツ私法学において通説としての地位を占めている。ナチス期において、ラーレンツと正反対の立場におかれたフルーメは、戦後私法学におけるモニュメント的な業績である『民法総論第2巻・法律行為』（初版1964年、第2版1975年）⁽⁶¹⁾において、妥当の表示として意思表示を理解する理論（「妥当理論 *Geltungstheorie*」と呼ぶ）を支持し、「意思表示の性格を妥当の表示として、意思表示の統一体として理解するかぎりで同意できる。ただし、妥当の理論が意思理論に反対して持ちだされるという点のみ、正しくない」と言う。フルーメによると、意思表示が本質的に一体性をもつこと（意思と表示に分別されないこと）は、すでにサヴィニーによって強調されており、「意思表示が最終的には“内心の”意思のたんなる報知ではなく、意思の実行 *Willensvollzug* であることは傑出した意思理論の代表者であるヴィントシャイトやエネックツェルスが教えてきたところである」。⁽⁶²⁾

フルーメは、意思理論に反対して持ち出された最近の妥当理論として、上述したラーレンツの1930年の教授資格論文およびゲルハルト・ドゥルツカイト（Gerhard Dulckeit 1904-1954）の1952年論文「古典的ローマ法における法律行為の理論について」⁽⁶³⁾をあげ（ちなみにドゥルツカイトはユリウス・ビンダーの弟子であり、ラーレンツと共に学んだ世代である）、

かれらのテーゼ（意思表示の分裂ないし二元論を克服するというテーゼ）をエネックツェルス（Ludwig Enneccerus 1843-1928）とニッパーダイ（Hans Carl Nipperdey 1985-1968）の『民法教科書・民法総論』（1960年）⁽⁶⁴⁾が受け入れたこと（つまり通説的地位をえたこと）を述べている。ところでニッパーダイの手になる当該部分の記述は、「意思理論も表示理論も社会行為としての意思表示の本質に適切に対処していない。意思表示は心理学的な事実としての意思行為と、ただ内心の意思を告知することに資するためにそこから区別される表示行為に、分別されてはならない」としたうえで、典拠文献をあげるが、フルーメと異なり、ニッパーダイは、ラーレンツの1930年著作とならんで、1936年の『契約と不法』（Vertarag und Unrecht, I, 1936）を注記している⁽⁶⁵⁾。妥当理論の肯定説として註にあげられた戦前の文献は、ラーレンツのものだけである。ここにおいて、通説化した妥当理論は、ワイマール期とナチス期を通じラーレンツによって発展させられたものとして位置づけられた。

フルーメは、ニッパーダイと異なり（つまりラーレンツと異なり）、妥当理論を意思理論に対立するものと認めず、歴史法学派以来の意思理論は、妥当理論を内包していたとみている。そもそもフルーメは、自己の法律行為論がいかなる「新建築」でもなく、「伝統的理論を批判的に吟味し、その持てる力をさらに発展させる」「歴史的法学 geschichtliche Rechtswissenschaft」の作業であると位置づけている⁽⁶⁶⁾。

伝統的な意思理論（批判して発展させる形態においてであるが）を堅持するフルーメにとって、意思表示の本質に決定的なものは、「意思表示が自己決定における法の妥当である（Rechtsgeltung in Selbstbestimmung）」ことにはかならない。意思理論が意思の欠缺、とくに錯誤の無効をドグマとして主張するのは、意欲する意思がなければ法律効果は生じないという概念法学的な「論理的結果」に基づくものではなく、「自己決定の行為としての意思表示」という「理解と法的評価」に基づいているのである⁽⁶⁷⁾。

このようにフルーメにとって「自己決定」は意思表示理論において決定的、絶対的であるように見える。こうであれば、ラーレンツのように判断基準を外環境にあわせて移動することのできる対立物の統一的理論構成とは、截然と区別可能である。

しかしながら、フルーメもここに止まっていない。なぜなら、「自己決定」の相関物として「自己責任」のカテゴリーを持ち出すからである。これによれば、自己責任が自己決定に当然に属することは、意思理論の代表者であるヴィントシャイト (Bernhard Windscheid 1817-1892) もすでに認めていた。とすれば、意思の欠缺の問題を規制する場合、自己決定の一部としての自己責任に働く余地が与えられうる。つまり、意思の欠缺の事例は、自己決定による内的正当化を欠くがゆえに、瑕疵ある意思表示であるが、しかし当然に無効となるものではなく、自己決定と結びついた自己責任を優先してその効力を考えることができる。ただし、どのような場合に自己責任を優先するかは、アプリアリに正しい基準があるわけではない。それを決定するのは「法秩序」であり、それゆえ、実定法的規制は、常に「意思表示が自己決定および自己責任における法妥当の行為である」という本質から理解され、評価されなければならない⁽⁶⁸⁾。

ここで見ると、フルーメにおいても自己決定と自己責任の二重の契機を意思表示の妥当根拠におくことによって、両契機の間を「法秩序」によって政策的に移動しうる理論枠組みが準備されている。そして、自己責任の契機は、自己決定が主体に発する客観的存在であるのに対して、法秩序の規範的視点からのアプローチにより開かれたものとして捉えることができるであろう。とはいえ、自己責任の契機は、自己決定と離れたものではなく、あくまで主体の側の契機であり、この点でラーレンツの二重性の枠組みと異なる。ナチス私法学研究の射程は、このように、ラーレンツとフルーメの理論的枠組みの異同の分析にも及びうる。

(2) ラーレンツの「民族同胞＝法同胞」論

ラーレンツのナチス時代の固有の仕事、つまり、前後からの「換装」をなしえないものとして、だれもが指摘するのは、上記でふれた1935年論文「法人格および主観的法—法的基礎概念の変遷」である。やや冗長になるが、この論文の肝心の部分を要約せずに引用しよう⁽⁶⁹⁾。

「私（という存在）は、個人 Individuum として、たんに人間 Mensch として、あるいは抽象的一般の理性の担い手として、法関係を形成する権利・義務そして可能性を持つのではない。法のなかにその生活形式が存在する共同体、すなわち民族共同体の分肢 Glied として、それを持つのである。個々人 Einzelnen は、共同体のなかで生きる存在として、民族同胞 Volksgenosse としてのみ、具体的人格性を持つ。個々人は、その名誉を有し、法同胞 Rechtsgenosse としての尊重を享受する。法同胞であることは、法のなかに生きること、一定の分肢的地位を満たすことを意味し、それは民族同胞の1つの特権である。その特権は、あえていうなら、たんに人間の特別の資質ではなく、民族同胞の特別の資質である。法同胞は、ただ民族同胞のみである。民族同胞とは、ドイツの血統にある者 deutschen Blutes である。この命題は、すべての人間の権利能力を規定するドイツ民法典第1条に代わって、われわれの法秩序の先頭に立たなければならない。法同胞のみが完全な範囲で民族共同体の法的生活に参加する。法同胞は、一定の法的地位 Rechtsstellung のなかにあり、それを通じてその者にとっての義務とおそらくまた権利が基礎づけられ、その義務と権利において法同胞は、共同体におけるその任務を、またその任務とともに人格的な名誉を持つのである。民族共同体の外にある者は、法の下に立たず、法同胞ではない。とはいえ、異国人 Fremde は、多くの関係において法同胞と同等に扱われることができるし、また、扱われる。ドイツの地に在住する外国人 Ausländer は、ドイツ国家の支配権に服し、身体・生命の保護ならびに財産権を享受し、法取引に参加する。かれらが法の客体 Recht-

sobjekt でないことは、いうまでもない。われわれは、人間が人格として主体であるか、あるいは法の客体であるかという抽象的な二者択一の思考を学び直さねばならない。法同胞でない者も法主体であり、法共同体としての民族共同体が一定の範囲で認めた制限的な権利能力を有する。しかし、かれらは、法同胞のように出生によって共同体に属し、共同体の法のなかで生きることを決定づけられているわけではない。かれらは、制限的に権利能力が与えられる場合であっても、共同体生活の共同の担い手 Mitträger ではない。共同体生活とは、その絶えざる新たな実行を通じて、共同体秩序の法が形成され、維持されるものだからである。かれらは、裁判官や参審員になりえず、そのような職務を担うことができない。こうしてかれらは、もっとも重要な法的地位から排除されている。たとえば、かれらは、世襲農場の相続人になることができない。このように、外国人は、われわれの法の保護の下にあり、一定の範囲で法取引とその諸制度に参加し、客分 Gast として尊重されるけれども、ドイツの法同胞 deutsche Rechtsgenossen ではない」(太字は引用者)。

この論文は、ラーレンツ自らが序文を書いた論文集、上述の『法学の基本問題』に掲載された。序文の執筆時期は1935年9月であり、同月に上述のニュールンベルク法が制定された。その1つ、帝国市民法は、第1条において、ドイツ国籍者一般と区別する「帝国市民」の制度を新たに設け、「ドイツの血統または人種的に類縁の血統を持ち、その行動によってドイツ民族と国家に忠誠をもって奉仕する意思と適性を証する国籍者」をもって、完全な政治的権利の担い手としての「帝国市民」とすることを規定した⁽⁷⁰⁾。ラーレンツの「民族同胞である法同胞」は、帝国市民法が創設した帝国市民と同義である。そして、ラーレンツが論文を執筆したのは、帝国市民法制定前であり、それゆえ、民族同胞＝法同胞論は、実定法制度に基づく理論ではなく、ナチス党のイデオロギーに呼応した理論であったことはまちがいが無い。そして、この理論は、新しい法学の方法である、抽象

の普遍概念に代わるべき、具体的普遍概念 (konkret-allgemeiner Begriff) による新たな概念形成と位置づけられた。すでに見たように、ラーレンツの民族同胞=法同胞論は、1942年の民族法典草案の柱として採用された。

ところで、ラーレンツの上記の引用文は、この新概念の提示がユダヤ人の民族共同体からの排除 (法同胞としての地位の否認) を企図しているにもかかわらず、引用文の後半「とはいえ、異国人は」以下は、外国人の権利能力制限についての記述である。民族同胞でないがゆえに法同胞の地位を否認されるのは、ドイツ国籍者であるユダヤ人であり、外国人ではない (これは帝国市民法の論理である)。民族同胞=法同胞論の真の機能は、ドイツの血統=人種をもって、ユダヤ人を差別することである。他方、外国人の権利能力の制限は、現代国家にまで通じる国民国家の論理である。それゆえ、ラーレンツ論文の後半の意味の解釈は、2つにわかれる。1つは、人種差別であることを曖昧にするために外国人の権利能力について論じたか、もう1つは、民族同胞=法同胞は、権利能力概念だけに止まらず、国籍概念にまで及ぶものと考えたか、である。ただし、後者のように解釈するについては手がかりがない。とすれば、前者である。

ラーレンツの論文と帝国市民法の制度を重ねあわせると、ドイツ社会には3つのカテゴリーの人的存在がいる。①ドイツの血統を持ったドイツ国籍者 (法同胞であり帝国市民であるドイツ人)、②ドイツの血統を持たないドイツ国籍者 (法同胞でなく帝国市民でないがドイツ人) そして③外国人 (法同胞でなく帝国市民でなくドイツ人でもない)。このように整理すると、ラーレンツ論文後半の客観的意味は、②の存在は、少なくとも外国人なみに、客分として扱われ、無権利者 (rechtslos) とされるものではないことを記述したものとなる。ヒュッパースは、この点について、ラーレンツがこの論文によってナチス人種主義理論にしたがい反ユダヤ主義の体制を正当化したが、他方で客分の地位を強調し法同胞からの排除が法的地位ゼロに帰結することを認めなかったと理解している⁽⁷¹⁾。

民族同胞＝法同胞概念は、ラーレンツによってドイツ民法典第1条の現行規定に代えるべきものとして提案された。同条は、第1節「人格 Person」の下に「人間の権利能力 Rechtsfähigkeit der Menschen は、出生の完了とともに始まる」と規定する。同条の意義は、近代民法典をして「近代」民法典たらしめる根本的原理、すなわち人間と人格の一致、人間の生まれながらの平等の権利主体性を規定するものである。立法者によれば、「人間の権利能力をその個別性、また、その意思を顧慮することなく承認することは、理性および倫理の要請に基づく、法秩序の使命である」とされ、この条規の下にあるドイツ法秩序においては奴隷制が認められないこと、かつ、権利の平等性と法の共通性をそのコロラリーとすることと説明されている⁽⁷²⁾。

ラーレンツの立法提案は、この立法趣旨が提示した法の世界を作り変えようとした。とはいえ、ラーレンツは、民族同胞＝法同胞論においてそこから排除されるユダヤ人に法的に客分の地位を認めたように、ユダヤ人のホロコーストの容認まで突き進んだわけではなかった。ヒュッパースの探索によると、現実のナチス政権によるユダヤ人迫害がその無権利化にまで進む中で、ラーレンツは、1942年以降、反体制・反ヒトラーの姿勢をかくされた形で示すことになる。キールの自宅が英軍によって空襲をうけるなど不利な軍事情勢が次第に明らかになる中のことである。1942年の「民族的法思想の対象と方法」と題する講演の草稿のなかに、ラーレンツは「民族的法思想は、これは強調されなければならないが、権利能力および人格性をいかなる人間にも、いかなる人種的に異なる者にも、否認するものではない。そのかぎりでは、ドイツ民法典第1条は、そのまま存在する」と書きつけていた⁽⁷³⁾。1943年に刊行されたラーレンツの『人倫と法』は、ヒュッパースの分析によれば⁽⁷⁴⁾、戦争賛美がかけを潜め、国際法に対する態度をかえてこれを法として承認し、また、強制収容所囚人の強制労働を違法視し、さらに、国家への忠誠を要求する客観的人倫性と自分自身に対

する義務が衝突する場合には自らが共同体への義務として措定した義務にしたがうべきであると主張した。しかし、ラーレンツのこのような「抵抗」は、決してそれとして外に明示されるようなものではなかった⁽⁷⁵⁾。

ヒュッパースの考証を認めて、ラーレンツが1942年以降、反ヒトラー・反体制の立場に移行し、民族同胞＝法同胞論によるドイツ民法典第1条改正案を引っ込めていたと考えるにしても、そのことは文献的に明示されていないのであるから、戦後のラーレンツがどのように、民族同胞＝法同胞論に始末をつけることになったかが問題である。

ラーレンツは、戦後にはもちろん、人間と人格の一致、民法典第1条の承認に復帰するが、復帰の仕方が問題となる。リュッターズの1968年の著作は、すでにこの点にふれて、ラーレンツが人間＝人格論から民族同胞＝法同胞論に転換する方法的なツールであった具体的普遍概念をそのまま用いて、今回は民族同胞＝法同胞論から人間＝人格論に復帰したことを厳しく批判した⁽⁷⁶⁾。この批判は、具体的普遍概念がその時代条件に応じていかなる内容でも取り込みうる便宜的な概念カプセル (Begriffshülsen) であることに向けられている。すなわち、ラーレンツは、具体的普遍概念による概念形成という方法を用いることによって学問的な連続性を維持し、しかし、同時に、変化した時代条件を概念形成に取り込むことによって⁽⁷⁷⁾、正反対の内容をもつ概念を提起しえたというわけである。だとすれば、そのような概念形成の方法にいかなる学問的意味があるのかが問われることになる。

ラーレンツは、1960年に『法学方法論』(Methodenlehre der Rechtswissenschaft) を刊行した。同書は“名著”として1991年まで6版を重ねた。日本でもラーレンツの同書は、広く知られるところであり、とくに、末弘厳太郎の法学方法論を「市民法学」として総括した磯村哲が末弘の方法論の再構成に際して、ラーレンツの初版本を参照したことは、同書の意義をいち早く示すことになった。磯村は、ラーレンツの方法論が「エール

リッヒ的な自由法学・利益法学の伝統をその実証主義批判のもとに継承している」ことを参照の理由として記している⁽⁷⁸⁾。ラーレンツの『方法論』は、方法論の歴史的批判の編と体系に関する編と2つに分けられている。磯村は、ラーレンツが、歴史的批判の編において、エールリッヒ（Eugen Ehrlich 1862-1922）の法の把握における社会学的実証主義を批判するが、体系に関する編ではエールリッヒの自由法学およびヘックの利益法学の法解釈方法論の伝統を継いでいると評価したのである。このような評価が可能であるかについて筆者は留保するが、磯村によれば、エールリッヒとヘックは法解釈方法論においてほぼ共通の理論的地点に到達していた⁽⁷⁹⁾。

ラーレンツの法解釈方法論を以上のように評価した磯村も、1973年に行った「ヘックの利益法学をめぐる」という講演の応答のなかで「ヘーゲル法哲学からきた」「具体的普遍の概念、これは実用法学にとって無用」であり、「ナチスの理論を begründen（基礎づけた）当のもの」⁽⁸⁰⁾と手厳しく斥けた。もちろんこれがラーレンツに聞こえるよしもないが、1975年刊行の『方法論』の第3版は、ラーレンツが「自らの考察が一応の完結をみた」と位置づけ⁽⁸¹⁾、戦後の時代条件への対応バージョンといえるものであり、ここにおいて「具体的普遍概念」の用語をもっぱらヘーゲル法哲学の意味で用いるものとして限定し（事項索引まで注意が払われている）、ラーレンツ自身が用いる方法的概念としての具体的普遍概念は完全に姿を消した。

この項の最後に戦後バージョンにおける「人格 Person」についてラーレンツの議論を見ておこう。

ラーレンツは、「人格」概念について、それを外的な抽象的な概念とし、その意味が空虚化（Entleerung）する例であることを示している。もちろん、人間と人格の一致という原則は擁護される。「人間に、然り、倫理的な意味における人格としての資質において、中心的な価値が帰属するという原則は、いかなる疑いもない。倫理的な意味における人格としての人間

は、尊厳を有する」。しかし、外的な抽象的概念体系において、人格は、権利主体の概念となり、権利義務の担い手となる。なるほど、権利義務の担い手は、まずは人間であるが、抽象的概念形成にしたがえば、一定の組織も、あるいはその他の形象物、動産や不動産も、権利義務の担い手としての能力を与えられ、その能力の帰属先の決定は、通説によれば、そのときどきに妥当する法にしたがうとされる。こうして、人格概念は、人間の人格資質 (Personqualität), すなわち「事物の道理 Natur der Sache」にしたがって決定されるものではない。いわゆる「法人」は、決して倫理的な意味における人格でない。それゆえ、法的な意味での形式的な人格概念は、倫理的な意味における人格の意義を空虚化してしまい、倫理的な意味における人格の観点からアプローチすべき問題を不明確にしてしまう⁽⁸²⁾。

ラーレンツの議論は、人格概念が一方で「事物の道理」という実定法を超えた法イデーに基礎づけられるべきものでありながら、他方で自然人と法人を包摂する形式的技術的実定法によって概念化されていることの“矛盾”を指摘するものである。ここには、ラーレンツの客観的観念論の法哲学者としての年来の課題、すなわち実定法と法のイデーの関係のあり方、実定法を超越する契機をいかにして実定法に位置づけるか、が依然として示されている。

5. ナチス私法学と利益法学・評価法学

「はじめに」でふれたように、ヒュッパースは、ラーレンツの方法論の位置を分析する測定器としてヘックの利益法学をとりあげた。ラーレンツは、ナチス時代、ヘックの利益法学を批判し、戦後はその批判を通して「評価法学 Wertungsjurisprudenz」の発展と通説化を位置づけた。ヒュッパースは、評価法学を自ら位置づけ、同時にそれに依拠するラーレンツの方法論をヘックの利益法学と比較し、ラーレンツにおける実定法を超える

超越的契機、法イデーの解釈論的な意味付けが揺れ動き、不明確であり、ヘックの利益法学に対して恣意的な結論に導かれやすいという結論を示している⁽⁸³⁾。以下、ヘックとラーレンツ、利益法学と評価法学の関係を中心に検討しよう。

(1) ヘックとラーレンツ

ヘックがはじめて「利益法学」の名称を自己の立場に冠したのは、1905年の論文「利益法学と法律への忠実」⁽⁸⁴⁾である。ヘックはここで、共通に反概念法学の立場に立つ自由法論（それは裁判官の自由な法発見と法創造を容認するものとみなされた）との差異化を明確にし、利益法学が「裁判官の法律への拘束」を堅持することを宣言した。では裁判官を拘束する法律の意味はどのように確定されるのか。利益法学は、いわゆる規範的解釈ないし客観的解釈に対して、「歴史的解釈」の立場にたち、「法規に示される立法者の意思」を明らかにすることを解釈の目的にする。その場合の「立法者の意思」とは、立法者の心理的意思ではなく、立法者の認識の中身であり、立法者をして立法に至らしめた社会における諸利益（「因果的諸利益」）にまでさかのぼって、これを明らかにしなければならない。ヘックは、このような法規の歴史的解釈を「歴史的研究所 historische Forschung」であり、「現実的認識 reale Erkenntnisse」という。さて、この場合、立法者が立法の必要性を惹起している因果的諸利益について不正確に認識し、そのことが法規の表現に反映することがありうる。こういう事態が想定されるのであるから、裁判官は、法規の文言に奴隸的に服従するのではなく、立法者が保護しようとした利益が立法者の意図のように保護されるべく、法規の文言に対して「考えながら従うこと」（denkender Gehorsam）が必要である。これがヘックのいう「法律への忠実」である⁽⁸⁵⁾。

ヘックの利益法学は、概念法学的法律実証主義に対する19世紀末以来の

批判とそれに根ざした法学革新の運動、総じて自由法運動のなかにあって、「法律への忠実」の旗幟を鮮明にした“節度”によって帝政末期からワイマール期にかけて有力な解釈方法論として浸透した。これに対して、ワイマール期のラーレンツは、利益法学についてまったく言及していない⁽⁸⁶⁾。ナチス期に入り、まず利益法学批判を全面的に行ったのは、ゲッティンゲン大学のラーレンツの師であるビンダーである。ビンダーは、1934年夏にゲッティンゲン大学で「学問の鏡に映った現在の精神的状態」(Die geistige Lage der Gegenwart im Spiegel der Wissenschaft)のテーマの下に連続講義を行ったが、この講義を元にし、かつ、ヘックの『債務法綱要』(Grundriß des Schuldrechts, 1929)の書評を兼ねて発表した論文「私法学における方法論争についての覚書」においてヘック批判を展開した⁽⁸⁷⁾。

ビンダーのこの論文は、しかしながら、ヘックの利益法学を狙い撃ちしたのではない。論文のタイトルが示すように、法学方法論の状況を伝統的法律学(概念法学)と「法律学上の近代主義」(社会学的法律学, 自由法学および利益法学がこれに数えられる)⁽⁸⁸⁾の対立と捉え、この「対立の止揚」をビンダー的に展望することが論文の狙いである。その意味で、対立を形成する学派のすべてが批判の対象である。社会学的法律学は、「当為の法」(gosolltes Recht)と「現実の法」(wirkliches Recht)の二元論的把握が問題であり、自由法学は、法律と裁判官を抽象的他者として対立的に把握する合理主義的前提が問題であるとされる。利益法学については、より詳細な批判が行われるが、論点は①実証主義、②個人主義、③自然科学的一実証主義的概念形成の方法が問題として指摘されている。これらの批判はいずれも、もともとのビンダーの哲学的立場に基礎づけられるものであり、ナチスのイデオロギー的批判という特徴を示していない。

ラーレンツの利益法学批判は、1935年の『現在の国家・法哲学』第2版においてはじめて示される。第2版の第1章「学問論としての法哲学」、第1節「実証主義」の項目Bとして「利益法学の精神的地位」が取り

上げられる。第1版では、その序論で「オイゲン・エールリッヒなどの法社会学 Rechtssoziologie は独自の課題と方法をもつ独自の学問」なので対象にしないとされていた。第2版のこの項目では、まず、法社会学の位置づけが行われ、これは、実定法規範にのみ関心と対象を限定する規範主義的法律解釈学に対して、法の現実性への認識関心を示したという評価が行われる。利益法学は、このような法社会学の動きと関連して、法律学内部で法学の革新のために大きな功績をあげた方法的傾向と位置づけられるが、その精神的基礎は明らかに実証主義に属するとされる。

ここでのラーレンツの言及は、利益法学を深く検討したものというより、利益法学派（ヘックをはじめ学派の支持者がチュービンゲン大学に属していたことからチュービンゲン学派ともよばれる）に対して向けられた戦略であるように読みとり得る。ラーレンツは、法をもって「社会の利益衝突の所産」とするヘックの核心テーゼに批判を集中する。ラーレンツによれば、このテーゼは、法領域全体をみると利益衝突が存在しない領域が多くあること、また、決定的なこととして共同体思想が利益対立を克服するものであることを見ていない点において適切でない。利益衝突の強調は、個人主義の思想に由来するものであり、「利益衝突」概念は実証主義、個人主義的方法的表現である。ラーレンツは、この上に立って、ヘックが利益法学の後継者として期待するハインリッヒ・シュトルの新しい議論がこの批判から免れ、そればかりか、観念論的哲学の立場からも正しいと認められるものであるとして、ヘックとシュトルの間隙を強調したのである⁽⁸⁹⁾。

シュトルの新しい議論は、1931年の論文「利益法学における概念と構成」⁽⁹⁰⁾に示されたものである。これは、概念法学派に属するエルトマン（Paul Oertmann 1865-1938）が『法学における利益と概念』（1931年）のなかで、利益法学を利益評価の視点と方法だけで政策的考量を行うものと批判したことに対する応答であった。ヘックは、このエルトマンの批判を重要でないとして反応しなかった⁽⁹¹⁾。

シュトルは、「法は社会における利益衝突の所産」という核心テーゼについて、「法は利益の諸対立に関する評価 Wertung を直接に含むもの」という新視点を打ち出した。ヘックによれば、立法者意思の内容は歴史的利益研究として客観的認識的に確定される。シュトルは、それとともに、立法者の評価（価値判断）の重要性、つまり、主観的解釈の必要性を承認する。そこで、シュトルは、「利益法学 Interessenjurisprudenz」の名称にかえて、「評価法学 Wertungsjurisprudenz oder Wertungsrechtswissenschaft」こそ、利益法学の方法にふさわしいと提案した⁽⁹²⁾。ところで、ヘックは、シュトルのこの名称変更の提案に従わなかったが、その内容は重要なものと認めた。かれによると、法の利益の側面は、価値に関わる言葉によっても表現されうるから、「評価としての利益顧慮 Interessenbeachtung als Wertung」とか、「評価する法学としての利益法学」は考えられるが、「利益」のことは「価値」に完全に置き換えることは実行不可能だし、望ましくもないので、事情によって両者を明確にしたうえで併用するのがよい、とされた⁽⁹³⁾。

法の解釈において、法を結果する諸利益の衝突についての立法者の認識を明らかにするか、あるいはそのような衝突を解決する立法者の価値判断を問題にするかは、ラーレンツの立場からすれば、大きな違いであるとさしあたり言える。なぜなら、かれのいわゆる法イデーは、前者では働く場所がなく、後者においてこそ立法者が価値判断基準を引き出す源泉として法イデーを語ることが可能である。とはいえ、ヘックの応答が示しているように、シュトルこの論文はヘックの利益法学から袂を分かつものではなく、その限りで両者の間隙のラーレンツの強調は、意図的なものであった。その理由は、ヒュッパースによれば、シュトルがすでにナチス的法の革新の擁護者として自らを示していたがゆえに、批判の対象から除かれたのである⁽⁹⁴⁾。たしかに、シュトルは1933年7月の「時代の転換期における民法」と題する講演において、1933年1月30日の新政権の誕生によってナチ

스의諸観念がドイツ民族に浸透し、この新しい法的確信のなかにこそ今日妥当する価値判断が存在すると述べた⁽⁹⁵⁾。シュトルは、1931年論文で、利益法学の「法律への忠実」原則の基礎づけを法治国家原則に求めていたが、法治国家論については1926年の「法治国家思想と私法理論」で展開し、みずからのそれを「形式的法治国家論」と特徴づけた。その含意は、現実の国家と立法者、実定法秩序への忠誠を示すものであり、それゆえ、新たに登場したナチス新国家と新立法者に対するシュトルの忠誠を妨げるものはなにもなかった⁽⁹⁶⁾。シュトルのナチス新政権への忠誠は、ナチス法の革新を先導するランゲとともにドイツ法アカデミーの創設時会員として任命されたことにも示されていた。

ヘックは、利益法学の方法についてシュトルと自らの理解に食い違いがないこと、また、利益法学の方法がナチス新国家に敵対したり、矛盾したりするものでないことを、ビンダーとラーレンツへの反論によって主張した⁽⁹⁷⁾。客観的観念論哲学と社会学的実証主義の相互応酬が法解釈方法論をめぐって行われるという、およそ有意義な成果を期待しえない論争の経過を通じて、ヒュッパースによれば、ヘックは、①「指導者原理 Führersprinzip」やナチス党綱領を法源として認め、②哲学的に基礎づけられた法学の有意義性を認め、そして③ヒトラーおよび人種主義を含めたナチスの世界観について信仰告白をすることになった⁽⁹⁸⁾。皮肉なことであるが（というより批判者の意図通りに）、ヘックは論争を通じて、ヒトラーとナチス政権に忠誠の証をたてることになった。ヘックは、遅ればせながら、ドイツ法アカデミーの会員に任命され（1936年）、1938年にはチュービンゲン大学の全教授が立ちあうなかでヒトラーから「ゲーテ賞」を授与されたのである⁽⁹⁹⁾。

（２）利益法学と評価法学

ラーレンツとヘックの論争は、以上のように、それとして学問的実りの

ないものに止まった。しかし、ラーレンツがヘックからシュトルを分けるものとして強調した「評価法学」の視点は、戦後の法学方法論において、ラーレンツ自らの先導によって、通説の地位を占めるものとなる。ラーレンツの『法学方法論』（1960年第1版）は、歴史—批判編において、「より古い利益法学」の項目の下にヘックとシュトルをとりあげ、その上で、「現在における方法的諸志向」の最初に「利益法学から評価法学へ」という項をたてて記述した。『法学方法論』の最後の改訂版（第6版1991年）の同項の記述によれば、次のようである。

20世紀のはじめ、ヘックの利益法学は少なくとも私法の領域で大きな成功を収めていた。しかし、そこにおける「利益」概念の方法的意義は不明瞭であり、①立法者を動機づける因果的要因として、②立法者による評価の対象として、あるいは③立法者の評価の基準として、理解されていた。この不明瞭さを除去するためには、利益概念を法的関係当事者の「要求についての表象 *Begehrungsvorstellungen*」に限定し、「法律的評価基準 *gesetzliche Bewertungsmaßstäben*」と明確に区別しなければならない。法律的評価基準は、立法者によって引き出された正義のイデーである。立法者は、この評価基準にしたがって、社会における利益衝突を類型化し、諸利益の優先劣後について規制する。この規制の実行が「評価 *Wertung*」である。この評価の内容を明らかにすることが法律の解釈であり、裁判は、立法者の評価を適用することである。現在では、このような見解が評価法学とされて争いがなく、裁判においても承認されているが、これからさき解決すべき問題は多く残されている⁽¹⁰⁰⁾。

「より古い利益法学」の項において、ラーレンツは、シュトルもヘックと同様に上記のような利益概念の不明瞭な使用にとらわれたままであったと記述している。つまり、1935年の『現在の国家・法哲学』におけるシュトルの新視点に対する高い評価は、ここでは消去されている。このことは、1935年の評価の戦略性を裏書きしているが、同時に、ラーレンツがいち早

く「評価法学」の新視点に着目したことを消すことになっている。これに関して、ラーレンツは、シュトルが「評価法学」の名称を提案したこと、これに対してヘックが認めなかったことを註で言及して、シュトルの名称提案が、たんに用語法の問題にとどまり、内容的な区別を認めたものではなかったと述べている⁽¹⁰¹⁾。そこにも、1935年の自らの著作の記述について注釈はない。このことも含めて、利益法学から評価法学への発展は、もっぱら、戦後の私法学の展開のなかから生まれてきたものとして客観的に位置づけられている。ラーレンツは、自らの「先見の明」の政治性を隠したのである。

それでは、最後に、ヒュッパースが、ラーレンツの方法論における超越的法律学と内在的法律学の矛盾と統一的把握、そしてその両者の間における揺れを指摘し、これに対して、ヘックにおける内在的視点の一貫性を語ることにについて、論じてみよう。森田が法律行為論に即した分析において指摘した法の妥当(Rechtsgeltung)の二重の契機は、ラーレンツの法学方法論の基本的軸をなすものである。1929年論文「法の妥当の問題」(Das Problem der Rechtsgeltung)によって示した問題の構図、つまり、実定法と法イデーの関係をどのように定礎するかは、ラーレンツの戦後の『法学方法論』(1960年第1版から1991年第6版まで)を通じて、揺れ動いた。ヒュッパースの用語法で言えば、実定法に内在して法の妥当を基礎づけるのが内在的法律学、法イデーによる妥当の基礎づけを試みるのが超越的法律学である。

では、法律学における法イデーの位置とはどのようなものであるか。ラーレンツは、『法学方法論』の序説で次のように説明する。

法律学は、与えられた素材である実定法の規範および制度を一定の仕方
で解釈することを試みる「理解する科学 *verstehende Wissenschaft*」である。ここでの認識は与えられた素材にのみ関係するから、時代を超えた認識という本来の科学的認識とは異なるようにみえる。なるほど、法は、与

えられた素材として時代の特有性を持っており、時代とともに変化するが、しかし、法には、その時々時代にとっても、適用される領域にとっても、ある特別の意義が付属している。その特別の意義とは、たとえ人間の創造物であるがゆえに欠陥を免れないとしても、いつの時代にあっても、法というものが、その時代のそれぞれのやり方によってであれ、法イデーがなにを義務づけるかの表現 (Ausdruck, verpflichtende Darstellung der Rechtsidee zu sein) であるということにある⁽¹⁰²⁾。

ここで実定法と法イデーの関係が、微妙な表現で記述されているが、端的に言えば実定法はそのときどきの時代にやり方によって法イデーの命令を実現しているものである、ということである。この限りで、超越的法イデーが実定法に内在化される。

ラーレンツは、上記に続けて、法律学の科学的性格にとっての法学方法論の意義をこのように説明する。

法の解釈が最後には解釈する法律家の価値判断 (Werturteile) であり、合理的な基礎づけのできないことをもって、法律学の科学的性格を否定するむきがある。しかし、本書は、法律学において発展させられてきた方法論が、この合理的な基礎づけを一定の限界内であれ確実に可能にすることを示している。その方法論こそ「価値に方向づけられた思考 wertorientiertes Denken」であり、この助けを借りて、いまここで「そうであるべきこと」について適切な言明を提示することが法律学の固有の任務である⁽¹⁰³⁾。

ラーレンツは、このように、法律学において、すなわち法の把握にとって、「法イデー」と「価値 (による方向づけ)」が不可欠なことを指摘している。両者の関連を示せば、価値は、立法者の決定に際して諸利益の優先劣後の選択について評価基準を与えるものであり、法の解釈とはその立法者の評価の実行を追体験するものである。そして、ここでの評価基準である価値は、法イデーによって実定法に内在化されている、ということにな

る。

法イデーの方法的意味を明確にするためには、ラーレンツのエルリッヒ批判をみるのがよい。ラーレンツによれば、エルリッヒが法秩序をもって、歴史的社会的所与として1つの共同体に事実上妥当し、拘束的なものとして意識され、人々に従われている生活秩序と理解したことは認めるとしても、その秩序がなぜ、他の秩序に優先して特別のものと扱われるかをエルリッヒは答えることができない。その生活秩序に特別の意義が与えられるのは、固有の法イデーとの意味的連関をもつことによってである。エルリッヒの法社会学もまた同様にケルゼンの純粋法学も法イデーへの通路を欠いている⁽¹⁰⁴⁾。

ラーレンツにおいて、法イデーは、正義（Gerechtigkeit）とほぼ同義に用いられている。法イデーの役割は、実定法に内在化し、法の解釈の際に実定法規範を通じて解釈者に關係するが、他方で、法の形成、法規範の創造を方向づけ、かつ、それを正当化する役割をもつ。ラーレンツは、法イデーに基礎づけられつつ、それを具体化して法の形成の方向指示器の作用を果たすものとして「法倫理的原理 rechtsethische Prinzipien」の概念を立てている。「法倫理的」の意味は、それが「実質的な正義内容」（materialer Gerechtigkeitsinhalt）をもつことによって法技術的なものと区別されることである。また、ここでいう「原理」とは、ラーレンツによれば、直接的に個別事例に適用される規則（Regeln）ではなく、立法や裁判によって作り出される規則に実装化されるところの「指導思想」であり、憲法規範のランクをもったり、「信義則」のような一般法原理として法秩序のなかで表明されているものである。つまり、法解釈において、あるいは法の欠缺補充において、「客観的目的論的基準 objektiv-theologische Kriterien」として役割を果たすのである⁽¹⁰⁵⁾。

ラーレンツの法イデーは、以上のように、実定法に対して、なんらかの超越的な要素（倫理的、正義レベルの要素）を取り込む（解釈者の価値判

断を働かせる) ための論理的操作手段として特徴づけることができよう。「法イデー」がなんであるかは、それとして学問的手続きにより、くまなく確定できるようなものでももちろんない。評価法学的方法的手続きのなかで、意味連関としての法イデーへの通路が確保されるということは、法の内容(個別事例の決定のための法律的評価基準)を明らかにするに際して、主観的で不確定な領域が方法論的に正当なものとして常に用意されているということである。

ヒュッパースは、ワイマール時代のいわゆる増額評価問題を例にとり、ヘックとラーレンツの方法論的対応の差異を主張している。増額評価問題は、ワイマール期の大インフレーションの下における通貨価値の暴落に対して、裁判官が金銭債権額を増額することによって債権者と債務者の衡平を図りうるか、という問題であった。当時の実定通貨法は、「マルクはマルクなり」の原則を規定しており、実定法に従えば、債務者は名目額通りの弁済によって債務を完済したことになる。この事案について、1923年11月28日大審院(Reichsgericht)は、実定通貨法の原則に対して民法242条の信義則が優先し、裁判所がこれに基づいて個別に金銭債権の増額評価を行うと判示した⁽¹⁰⁶⁾。

ヘックは、同時代の民法学者としてこの判決を手厳しく批判した。ヘックは、判決を利益法学の「法律への忠実」原則の具体的適用例として詳細に吟味したのである。利益法学の手続きは、まず、実定通貨法の歴史的解釈、歴史的探究である。それによれば、通貨法の立法者はなるほど異常なまでの大インフレーションが起こることを想定していなかったが(立法者の「観察の欠缺」)、しかし、通貨価値の下落の際には債権者の犠牲において通貨についての国家利益を護ることを想定していた(ここに「観察の欠缺」はない)。そこで、ヘックによれば、通貨法の効力如何の問題は、利益法学にいう「古くなった法律の時代的適応」の問題と位置づけられる。この場合には、3つの対応方式が予定される。①法律の自動的効力喪失、

②裁判官による古くなった法律に代わる規範設定、③新しい立法である。この3つの下で、通貨法の効力が存続しており、また、新立法は未成立なので、事例に対応するのは、②である。ヘックは、裁判官がこの権限を利用する場合、2つのことが制約条件であるとする。1つは、法的安定性であり、もう1つは「法共同体の自治 Autonomie der Rechtsgemeinschaft」である。ヘックによれば、通貨制度を個別の事件ごとに裁判官が補正することは、状況を錯綜させ、国民経済全体を阻害し、法的安定性を確保できない。また、法共同体の自治とは、「裁判官が法律の召使であり、主人でない」ことを意味し、主人が別の命令をだすことが明確である場合にのみ、召使は法律と異なる決定をすることができるが、この場合はそうではない。以上のような利益法学の理論的操作を経て、ヘックは、大審院の増額評価判決が利益法学の立場から認められないことを主張した⁽¹⁰⁷⁾。

ヒュッパースによれば、このようなヘックの増額評価判決に対する利益法学の適用と比較して、ラーレンツの方法論の事案適用は、大きな揺らぎをみせる。増額評価判決の事例は、『法学方法論』の第1版から第6版まで「法緊急事態 Rechtsnotstand」として位置づけられる。第1版では、この場合に問題となる「裁判官による法律変更的法形成 gesetzändernde Rechtsfortbildung」が肯定される。その理由は、「法思想に損害をあたえるに違いない状態、法緊急事態が生じるような場合には」「法律にはまだ知られていないが普遍的な法意識において妥当している法思想に余地を与える権限が裁判に認められるべきである」からである⁽¹⁰⁸⁾。ヒュッパースは、ここでは、ラーレンツの超越的法律学と内在的法律学の間で、前者へのシンパシーが優先したと指摘する⁽¹⁰⁹⁾。これに対して、第6版では（第3版以降基本的に同じ）、法緊急事態の場合、ワイマール期の増額評価判決のような極端な場合を除いて、裁判官的法形成は、法的な考量のみによって基礎づけられえず、合目的性の視点によって方向づけられる政治的な決定を必要とし、これを行うことは、民主主義国家においては立法者の仕

事であり、裁判所には社会形成を行う権限がない、とされている⁽¹¹⁰⁾。ここでは、明らかに、ラーレンツにおいて内在的法律学が優先している。

ヒュッパースの見方に立てば、ラーレンツは、ここでも、政治的条件の変化—戦後西ドイツ民主主義国家の安定と成熟—に対応して、法緊急事態の解釈について超越的法律学から内在的法律学に重点移動を行ったことになる。ただし、前後いずれの場合でも、後者においては「極端な事例」という位置づけを付加した上で、増額評価判決における裁判官の法律変更的法形成を認める記述になっている。この点では、そもそも、ヘックが増額評価判決、つまりこの事案における裁判官の法律変更的法形成を認めなかったことと対蹠的である。とはいえ、話はここで終わりにならない。ヒュッパースは、取り上げていないが、ヘックもまた、1929年刊行の『債務法綱要』において、増額評価判決の扱いに修正を加えているからである。ヘックは、そこで、増額評価問題における「古くなった法律の時代的適応」に関して、裁判官の介入権限をより強く認める解釈を打ち出した。ヘックによれば、この場合、①まず立法者が介入すべきである、②変更した諸関係に適切に対応できるならば、裁判官も介入することができる（つまり法律変更的法形成ができる）、③しかしこの裁判官の介入は問題が法的生活の全領域に及んでいることから不可能であった、④それゆえ、大審院の介入は、「立法者の遅滞」によってのみ正当化できる、とされた。ヘックは、こうして、「立法者の遅滞」という条件を付すことによって、増額評価事案における裁判官の法律変更的法形成を認めたのである⁽¹¹¹⁾。1924年の論文では、主人がまだいかなる命令をだすか分からないならば、召使は黙って控えているべきだとしたが、1929年には主人が命令をだすことを遅滞していれば、召使は自分の判断で行動してよい、としたのである。この重点の移動は、初期の激動の時代から相対的安定期に入ったワイマール時代の政治的変化が反映しているとも考えることもできる。ただ、ヘックの利益法学の方法が、実定法と法イデーの綱引きのなかでの揺らぎをもつラーレン

ツの評価法学的的方法論に比して、実務的により安定した結果をもたらすということは、ヒュッパースの分析としてうなずけるところである。

おわりに

本稿は、最初に述べたように、ナチス私法学研究をまとめていくための論点整理を行ったものである。それゆえ、本稿を通じて考察の結論というものはないが、森田とヒュッパースによるラーレンツの分析がナチス私法学の全体像構築のために大きな役割を果たすことは疑いが無い。このような個別の工作在積み重なれば、その相互参照のうえに、より大きな構図を描きだすことが可能になるであろう。本稿は、遺憾ながら、初期の習作と同様に「研究ノート」に止まったという感想をもって締めくくらなければならない。

このような拙い稿であるが、木幡文徳先生の古稀とご退職を記念して、これを捧げたい。

註

- (1) 広渡「ナチスと利益法学(一)(二)―『ナチス私法学』研究ノート(一)」法学論叢91巻3, 5号, 1972年, 同「キッツェベルク会議における若き法律家たち―『ナチス私法学』研究ノート(二)」法学論叢92巻4=5=6号, 1973年, 同「第三帝国におけるブルジョア法の『転換』」東京大学社会科学研究所編『ヨーロッパの法体制―ファシズム期の国家と社会5』東京大学出版会, 1979年, 同「二人のハインリッヒ―『ナチス私法学』研究ノート」社会科学研究33巻5号, 1981年。
- (2) Hüpers, Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012, 646S. 森田論文も138頁に及ぶ力作である。
- (3) Gustav Boemer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch, Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, 1950, S. 1-12.
- (4) RGBL. 1933 I, S. 175f. 本稿における法令のテキストは次の資料集を参照した。Martin Hirsch/Dietmut Majer/Jurgen Mainck (Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 1984.

- (5) 以下について Leonie Breunung/ Manfred Walther, Die Emigration deutscher-sprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933, Ein Bio-Bibliographisches Handbuch, Bd. 1, 2012, S. 6-11.
- (6) RGBL. 1937 I, S. 41f.
- (7) Christian Busse, „Eine Mask ist gefallen“. Die Berliner Tagung „Das Judentum und die Rechtswissenschaft“ vom 3.-4. Oktober 1936, Kritische Justiz, 4/2000, S. 580-593.
- (8) Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Heft 1, Die Deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, 1936, S. 35
- (9) Hans Frank (Hrsg.) Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, S. 1566-1571.
- (10) Helmut Heinrichs/Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, Verlag C. H. Beck, 1993.
- (11) H. H. Jakobs, Glückwunsch zum 70. Geburtstag von Werner Flume, Juristische Zeitung 1978, S. 658-659.
- (12) Okko Behrends/Eva Scjumann (Hrsg.), Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts, 2010, S. 24-29.
- (13) Heck, Interessenjurisprudenz und ihre neue Gegner, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 142, 1936, S. 151, Anm. 52.
- (14) Hüpers, S. 293-299.
- (15) この雑誌について 広渡「ナチス法研究覚書」根本到他編『労働法と現代法の理論 (西谷敏先生古稀記念論集) 下』日本評論社, 2013年, 153-157頁。
- (16) Lena Foljanty/Christiane Wilke, Schwerpunkt-Kritisches Erbe-Nationalsozialismus, Recht und Erinnerung. Einführung in den Schwerpunkt, Kritische Justiz, 3/2013, S. 236-244.
- (17) Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Mohl Siebeck, 1. Aufl., 1968, unveränderte 7. Aufl., 2012.
- (18) Derleder, Verspätete Wurzelbehandlung. Die Kieler Schule und ihre Bedeutung für das Nachkriegszivilrecht – am Beispiel von Karl Larenz und seinem Schuler Claus-Wilhelm Canaris, Kritische Justiz 3/2011, S. 336-342.
- (19) Dreier, Karl Larenz über die seine Haltung im „Dritten Reich“, Juristische Zeitung 1993, S. 445. これについて Hüpers, S. 132-133.
- (20) Derleder, S. 337.
- (21) Hüpers, S. 134-144.
- (22) Hüpers, S. 150-154.
- (23) 森田124巻3号22頁註31。
- (24) 森田124巻3号7-12頁。

- (25) 五十嵐「ファシズムと法学者」北大法学14巻3・4号, 1964年408頁以下, 引用は424頁。
- (26) この関係について Peter Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis vom Nationalsozialismus und Privatrecht, 1968 の序文を参照. 五十嵐説のような理解に抗して始まったのが60年代末以降のナチス法研究であった。
- (27) 広渡「ナチスと利益法学(一)」法学論叢91巻3号2-3頁。
- (28) Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd.1, 1971, folgend Bd. 3, Sp. 873f.
- (29) 五十嵐説に対する応答として広渡の書評「五十嵐清『ナチス民族法典の性格』」法制史研究36巻, 1986年469-473頁。
- (30) 広渡「ナチス法研究覚書」167-172頁。
- (31) 広渡「ナチズムと近代・近代法—『近代法の再定位』に寄せて」石井三記他編『近代法の再定位』創文社, 2001年63-84頁。
- (32) 広渡「二人のハインリッヒ」67-118頁。
- (33) 中村哲也「ナチス民法学的方法的分析(上・下)」東北大学法学41巻4号416頁以下, 42巻1号59頁以下, 1978年。この3類型論は, 未成熟であるが広渡「キツェベルク会議における若き法律家たち」278頁以下において「キール・グループ」, 「プレスラウ・グループ」および「古い世代」として示されていた。
- (34) Christian Wiener, Kieler Fakultät und „Kieler Schule“, 2013.
- (35) 以下について Wiener, S. 61-80.
- (36) Hüpers, S. 185.
- (37) 以下について Wiener, S. 83-84.
- (38) Heinrich Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, 1941, S. 12-14.
- (39) Eckhardt, Das Studium der Rechtswissenschaft, Der deutsche Staat der Gegenwart Heft 11, 1935, S. 9-11.
- (40) Huber u. a. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935.
- (41) Friz Reu, Besprechung von „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft“, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 103, 1936, S. 138f..
- (42) 広渡「キツェベルク会議における若き法律家たち」292-298頁。
- (43) 以下について Thoss, S. 39f..
- (44) Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 1 Heft 1, 1936. エックハルトの序文がついている。
- (45) 広渡「キツェベルク会議における若き法律家たち」305-308頁。
- (46) Lange, Die Entwicklung, S. 14.
- (47) ドイツ法アカデミーについては Hans-Rainer Pichinot, Die Akademie für

- Deutsches Recht. Aufbau und Entwicklung einer öffentlich-rechtliche Körperschaft des Dritten Reichs, 1981. メンバーについて広渡「二人のハインリッヒ」95頁。
- (48) ランゲについて Wilhelm Wolf, Methode und Zivilrecht bei Heinrich Lange, in: Joachim Rückert / Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – Von Savigny bis Teubner, 2. Aufl., Nomos, 2012, S. 191-210.
- (49) 広渡『法律からの自由と逃避—ヴァイマル共和制下の私法学』日本評論社, 1986年383-396頁。
- (50) Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch 1, Entwurf und Erläuterungen, Vorgelegt von Hedemann, Lehmann und Siebert, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1942.
- (51) 民族法典自体の編纂作業の資料集として Werner Schubert (Hrsg.), Volksgesetzbuch: Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, Akademie für Deutsches Recht, 1933-1945, Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 1, 1988.
- (52) Wiener, S. 123-125.
- (53) Ralf Frassek, Methode und Zivilrecht bei Karl Larenz (1903-1993), in Rückert/Seinecke (Hrsg.), S. 213-234.
- (54) 森田124巻3号17頁。Frasssekの著作, Von der „volksischen Lebensordnung“ zum Recht – Die Umsetzung weltausculicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903-1993), 1996. これはかれの博士論文である。
- (55) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung (Habilitationsschrift), 1930.
- (56) 森田124巻3号32-37頁参照。
- (57) Larenz, Das Problem der Rechtsgeltung, 1929.
- (58) Josef Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, 1995.
- (59) Hüpers, S. 76-81. 森田の1929年論文の位置づけについては124巻3号24-32頁。
- (60) 森田124巻4号73-76頁。このまとめを引き出すための森田のち密な分析・考証について典拠の直接参照を願う。森田は、「二重の換装」を支えたものとして、第1に「『妥当の表示』概念の弁証法的構造」、第2に「概念の褪色可能性」そして第3に「二重の開口部の開閉」にまとめている。本文の記述は主として第1に注目した。この第1の特徴は、ラーレンツの法哲学的レトリックに基礎づけられるものであり、後述のようにヒュッパースのラーレンツ分析の視角である内在的法律学と超越的法律学の二重の構造にも相応している。
- (61) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 1. Aufl., 1964, 2. Aufl., 1975.
- (62) Flume, 2. Aufl., S. 58-59.
- (63) Dulckeit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: Festschrift für Fritz Schultz, 1951.
- (64) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Enneccerus-

- Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1960.
- (65) Enneccerus-Nipperdey, S. 1023-1024 und Anm. 23.
- (66) Flume, 2. Aufl., S. VIII (Vorwort zur ersten Auflage).
- (67) Flume, 2. Aufl., S. 60.
- (68) Flume, 2. Aufl., S. 61-62.
- (69) Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: Huber u. a (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 241f.
- (70) 帝国市民法およびユダヤ人の法的定義を行うその執行令について広渡「国籍・市民権・民族所属性—『人と国家の関係』の法的形象をめぐる」専修法学論集 120号, 2014年141-144頁(本書第3章)。
- (71) Hüpers, S. 146. ここにおける最も簡単な解は、ラーレンツがナチス党綱領の規定(国家市民でない者はガストとして外国人法の下におかれる)をただパラフレーズしたにすぎないということである。
- (72) Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1 Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1899 (Neudruck 1979), S. 370.
- (73) Hüpers, S. 481.
- (74) Larenz, Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und zur Sittenlehre, in: Larenz (Hrsg.), Reich und Recht in der deutschen Philosophie, Bd. 1, 1943, S. 169-412 (Hüpers, S. 188-198).
- (75) Hüpers, S. 482-483.
- (76) Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. 1. Aufl., S. 314. 同様の指摘として Heinz Wagner, Kontinuität in der juristischen Methodenlehre am Beispiel von Karl Larenz, Demokratie und Recht, 3/1980, S. 243-261. ラーレンツは、『法学方法論』第1版1960年, 第2版1969年, また、『民法総論』第1版1967年においてこの形での「復帰」を行った。
- (77) たとえばラーレンツは, 具体的普遍概念の形成について, 1938年の論文で「諸概念において現実を思考すること」, それゆえ概念それ自体を「民族的法思想」にふさわしく作り替えるべきことを主張していた。Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken, S. 43-44. 「現実」の変化は, 当然に, 概念内容形成の変化につながることになる。
- (78) 磯村哲「市民法学(下)」『近代法発達史講座』第10巻, 勁草書房, 1961年208頁, 同『社会法学の展開と構造』日本評論社, 1975年95頁。
- (79) 磯村「エールリッヒの自由法学(一)」法学論叢84巻6号, 1969年1-15頁, 同「利益法学をめぐる」法政研究40巻2-4号, 1974年1-46頁。

- (80) 磯村「利益法学をめぐって」45頁。
- (81) ラーレンツは、第4版への序文で、第3版で「自らの考察が一応の完結をみた」ので、第4版は改訂なしで刊行すると述べている。
- (82) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979, S. 436f.
- (83) Hüpers, S. 485f.
- (84) Heck, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreu, Deutsche Juristen-Zeitung, 1905, Sp. 1142f..
- (85) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914. がヘックの理論の全体を展開する。利益法学と自由法学の内容およびその関係については広渡『法律からの自由と逃避』92-110頁。
- (86) たとえば Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931 でも無視している。Hüpers, S. 320.
- (87) Binder, Bemerkungen zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 100, 1935, S. 4-83. ビンダー論文については広渡「ナチスと利益法学(一)」11-22頁。
- (88) マックス・ヴェーバーがこれを「近代法における反形式主義的傾向」として特徴づけたことについて広渡「M.ヴェーバーの『法の形式的合理性』概念の位置について」専修法学論集123号、2015年153-168頁。
- (89) Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., 1935, S. 24-25.
- (90) Stoll, Begriff und Konstruktion in der Interessenjurisprudenz, Festgabe für P. Heck, M. Rümelin und A. B. Schmidt, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 133, 1931.
- (91) Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931, Hüpers, S. 326.
- (92) Stoll, Begriff und Konstruktion, S. 67, S. 67 Anm. 1 und S. 75 Anm. 5.
- (93) Heck, Die neue Methode Müller-Erzbachs, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 140, S. 257-295 (Hüpers, S. 326 Anm. 864.).
- (94) Hüpers, S. 352.
- (95) Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeitenwende, 1933. この論文について広渡「二人のハインリッヒ」74-76頁。
- (96) Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, Jherings Jahrbücher. Bd. 76, 1926, S. 134-206. シュトルにおける「法律への忠実」原則と法治国家論について広渡『法律からの自由と逃避』99-110頁。
- (97) その内容については広渡「ナチスと利益法学(二)」6-26頁。
- (98) Hüpers, S. 335-336.
- (99) Hüpers, S. 484-485.
- (100) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 119-120.
- (101) Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 55 Anm. 45.

- (102) Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl., 1979, S. 6-7.
- (103) Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl., S. 7.
- (104) Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl., S. 71.
- (105) Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl., S. 410-411.
- (106) RGZ, Bd. 107, S. 80f. この問題の全容について広渡『法律からの自由と逃避』201-218頁。
- (107) Heck, Das Urteil vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 122, 1924, S. 203f. 広渡『法律からの自由と逃避』235-243頁。
- (108) Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl., 1960, S. 320.
- (109) この論点全体について Hüpers, S. 500-503.
- (110) Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 427-428.
- (111) Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 63. 広渡『法律からの自由と逃避』240-242頁。